Ontario Human Rights Commission
Commission ontarienne des droits de la personne

# AN INTERSECTIONAL APPROACH TO DISCRIMINATION

## Addressing Multiple Grounds in Human Rights Claims

Discussion Paper

Ontario Human Rights Commission

**ISBN – 0-7794-3000-X**
**Approved by the Commission: October 9, 2001**
**Available on the Internet: http://www.ohrc.on.ca**
***Aussi disponible en français***

**Prepared by the Policy and Education Branch**

# AN INTERSECTIONAL APPROACH TO DISCRIMINATION
## Addressing Multiple Grounds in Human Rights Claims

**Discussion Paper**
**Policy and Education Branch**

## TABLE OF CONTENTS


AN INTRODUCTION TO THE INTERSECTIONAL APPROACH 3

OTHER APPROACHES TO MULTIPLE GROUNDS 6

*Human Rights and Charter Cases* 7

*The Commission's Approach to Complaints* 11

*Jurisprudence of International Bodies* 14

THE MOVE TOWARDS AN INTERSECTIONAL APPROACH 16

*Multiple Grounds in Equality and Human Rights Jurisprudence* 16
**Supreme Court of Canada** 16
**Courts and Tribunals** 19
**Remedies** 22

*Academic Research on Multiple and Intersecting Identities* 25

APPLYING AN INTERSECTIONAL APPROACH 28

NEXT STEPS 29

# AN INTERSECTIONAL APPROACH TO DISCRIMINATION
## Addressing Multiple Grounds in Human Rights Claims

**Discussion Paper**
**Policy and Education Branch**

> *We will never address the problem of discrimination completely, or ferret it out in all its forms, if we continue to focus on abstract categories and generalizations rather than specific effects. By looking at the grounds for the distinction instead of at the impact of the distinction…we risk undertaking an analysis that is distanced and desensitized from real people's real experiences…. More often than not, disadvantage arises from the way in which society treats particular individuals, rather than from any characteristic inherent in those individuals.*[1]

In Canada, as the understanding of human rights evolves, the focus is increasingly on a contextualized approach to discrimination. A contextualized approach places less emphasis on characteristics of the individual and more on society's response to the person. It also takes into account historical disadvantage experienced by the group the person belongs to. One recent and striking example of this phenomenon is seen in the *Mercier*[2] decision, in which the Supreme Court of Canada indicated that the determination of what constitutes a disability should be based on whether the person has experienced "social handicapping" rather than focusing on bio-medical conditions or limitations. The Ontario Human Rights Commission's (the "Commission") recent policy and research initiatives have similarly shown a move towards an analysis of discrimination that takes into account the lived realities of individuals and the social context of discrimination.[3] On the compliance side of the Commission's mandate, the Ontario board of inquiry's decision in *Kearney v. Bramalea Ltd. (No. 2)*[4] demonstrates the successful use of such an analysis and has, therefore, been lauded as a very important case for equality rights in Canada.

The objective of this paper is to build on the work that the Commission has already done to recognize the complexity of how people experience discrimination. It describes a framework for a contextualized approach to analyzing discrimination in multiple grounds complaints. This contextualized approach is termed "an intersectional approach to discrimination"[5]. The paper outlines the importance of

---

1 *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 at 551-2 [hereinafter *Egan*].

2 *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City); Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665 [hereinafter *Mercier*].

3 See Ontario Human Rights Commission, *Policy and Guidelines on Disability and the Duty to Accommodate* (March 2001) and the section on Ageism in *Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians* (June 2001), online: Ontario Human Rights Commission <http://www.ohrc.on.ca>.

4 *Infra* note 57.

5 In the context of disability, a contextualized approach to disability discrimination has frequently been referred to using the term "social handicapping".

exploring how an intersectional approach might be consistently applied in all areas of the Commission's work. In doing so, the paper reviews equality and human rights jurisprudence, emerging academic research and commentary on multiple and intersecting grounds of analysis and information about how the Commission currently handles multiple grounds complaints.

This paper is a starting point in a process that will involve all areas of the Commission as well as outside expertise. It is designed to stimulate discussion about how the Commission can more formally operationalize an intersectional approach to discrimination in all areas of its work including policy development, compliance and litigation of complaints. It is hoped that through broad consultation, the Commission will be able to more fully realize a contextual approach to discrimination for human rights complaints that involve multiple and intersecting grounds.

## AN INTRODUCTION TO THE INTERSECTIONAL APPROACH

A human rights complaint or an equality rights case that cites multiple grounds of discrimination can be approached in one of several different ways. Depending on the approach that is selected, the analysis of the claim will differ and it is likely that the outcome will also be affected.

In most instances, an intersectional approach to a multiple grounds complaint is the preferred one. The concept of 'intersectionality' has been defined as "intersectional oppression [that] arises out of the combination of various oppressions which, together, produce something unique and distinct from any one form of discrimination standing alone...."[6] An intersectional approach takes into account the historical, social and political context and recognizes the unique experience of the individual based on the intersection of all relevant grounds.[7] This approach allows the particular experience of discrimination, based on the confluence of grounds involved, to be acknowledged and remedied.

Several examples help to illustrate the unique experience of discrimination based on historical, political and social contexts and the intersection of grounds:

- In many cases, racial minority women experience discrimination in a completely different way than racial minority men or even women as a gender. Similarly, racial minority men may experience discrimination that would not be faced by non-minority males or even women of the same background. This is because groups often experience distinctive forms of stereotyping or barriers based on a combination of race and gender. An intersectional approach recognizes this.

---

[6] M. Eaton, "Patently Confused, Complex Inequality and *Canada v. Mossop*" (1994) 1 Rev. Cons. Stud. 203 at 229.

[7] C. A. Aylward, "Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide" (Paper Distributed at Transforming Women's Future: Equality Rights in the New Century: A National Forum on Equality Rights presented by West Coast Leaf, 4 November 1999) [unpublished].

- A person who belongs to a particular religion may face religious discrimination only if they identify by another ground such as race, colour or ethnic origin or may experience discrimination differently from co-religionists based on the relationship with another ground. Gender can also be a factor that has an impact on religious discrimination.
- Women may be more likely to experience sexual harassment if they are more vulnerable by virtue of another aspect of their experience such as recent arrival in Canada.
- Persons with disabilities may experience particular barriers when they identify by other grounds. For example, during the Commission's consultations on age discrimination, the Commission was told that for persons with disabilities, aging can result in a disproportionate impact or unique experiences of discrimination. Indeed, statistical evidence confirms the particular disadvantages faced by older persons with disabilities.[8] Similarly, research indicates that persons with disabilities and persons who are members of racialized groups are more likely to be unemployed or under-employed.[9] Therefore, members of racialized groups who have disabilities may be doubly disadvantaged. Aboriginal persons with disabilities face the same problems as other persons with disabilities but these are worsened by jurisdictional issues, namely the lack of disability-related services on reserves and the jurisdictional barriers to accessing services for those who live off reserves.[10] Evidence also indicates that women with disabilities experience additional disadvantage as a result of the intersection of disability with gender.[11]
- Discrimination on the basis of sexual orientation may be experienced differently by gay men and lesbians as a result of stereotypes around sexuality and relationships. Furthermore, the Commission's *Policy on HIV/AIDS-related Discrimination*[12] recognizes that the erroneous perception of AIDS as a "gay disease" may have a disproportionate

---

8 See *Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians, supra* note 3.

9 For example, *In Unison: A Canadian Approach to Disability Issues: A Vision Paper* (Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Social Services, 1998) notes, "persons with disabilities have a lower rate of employment as well as a lower participation rate in the labour force than those without disabilities" (at 36). Similarly, Canadian Race Relations Foundation, *Unequal Access: A Canadian Profile of Racial Differences in Education, Employment and Income* (Prepared for the Canadian Race Relations Foundation by the Canadian Council on Social Development, 2000) describes barriers to employment faced by racialized groups.

10 *In Unison: A Canadian Approach to Disability Issues: A Vision Paper, ibid.* at 39.

11 "The disproportionate share of domestic responsibilities assumed by women with disabilities has presented significant barriers to their labour force participation and has contributed to increased poverty for many of these women." *ibid.* at 36. See also: D. Pothier, "Connecting Intersecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (Paper Distributed at Transforming Women's Future: Equality Rights in the New Century: A National Forum on Equality Rights presented by West Coast Leaf, 4 November 1999) [unpublished].

12 (January 2000), online: Ontario Human Rights Commission <http://www.ohrc.on.ca>.

> effect on gay men and may result in discrimination the basis of both sexual orientation and perceived disability.[13]

These are just a few examples of the complexity of the experience of discrimination when multiple grounds are involved. Many others have been identified in the Commission's policy work and complaints. Additional examples can be found throughout this paper and will continue to emerge as the Commission builds on its understanding of intersectionality.

Applying an intersectional or contextualized approach to multiple grounds of discrimination has numerous advantages. It acknowledges the complexity of how people experience discrimination, recognizes that the experience of discrimination may be unique and takes into account the social and historical context of the group. It places the focus on society's response to the individual as a result of the confluence of grounds and does not require the person to slot themselves into rigid compartments or categories. It addresses the fact that discrimination has evolved and tends to no longer be overt, but rather more subtle, multi-layered, systemic, environmental and institutionalized. Madame Justice L'Heureux-Dubé has summed up the benefits of this approach:

> *...categories of discrimination may overlap, and...individuals may suffer historical exclusion on the basis of both race and gender, age and physical handicap, or some other combination. The situation of individuals who confront multiple grounds of disadvantage is particularly complex. Categorizing such discrimination as primarily racially oriented, or primarily gender-oriented, misconceives the reality of discrimination as it is experienced by individuals.*[14]

Although an intersectional analysis is relevant to any combination of grounds, it has particular implications for race or race-related cases. Thus, the importance of recognizing the intersectionality of multiple forms of discrimination was emphasized in the United Nations World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance ("WCAR"), which was held in 2001 in South Africa.[15] Moreover, it can be a useful strategy to link grounds of discrimination to the social, economic, political and legal environment that contributes to discrimination. Conditions (such as underemployment/ unemployment, poverty,

---

[13] For example see *Moffat v. Kinark Child and Family Services (No. 4)* (1998), 35 C.H.R.R. D/205 (Ont. Bd. Inq.).

[14] Madam Justice L'Heureux-Dubé writing for the minority in *Canada (A.G.) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554 at 645-646 [hereinafter *Mossop*].

[15] For example, in an opening address Mary Robinson, United Nations High Commissioner for Human Rights and Secretary-General of the World Conference against Racism, stated:

> *You are also, I know, aware of the intersectionality of multiple forms of discrimination – how gender intersects with race, how sexual orientation intersects with race, how poverty intersects with race. This is a dimension which is deservedly receiving particular attention at this Conference.* [online: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights <http://www.unchr.ch> (date accessed: 27 September 2001)].

homelessness) that may not be directly covered by the Ontario *Human Rights Code* (the "*Code*"), but nevertheless lead to high levels of disadvantage for vulnerable populations, could be included as part of the contextual analysis. Finally, an intersectional analysis can also be used to include human rights protections provided for in international conventions in the ambit of the *Code*.

Many scholars and advocates have argued that human rights claims should recognize that individuals have multiple identities and that these identities shape their experience of discrimination. Within the Commission, there is a growing recognition that we can improve our understanding of the impact when grounds of discrimination intersect and that tools for applying an intersectional analysis will be very helpful in the handling of complaints, from inquiries through to litigation, and in our policy work. As little has been done by human rights agencies and courts in Canada, developing a framework for an intersectional analysis has the potential to be ground breaking.

## OTHER APPROACHES TO MULTIPLE GROUNDS

As discussed above, the intersectional approach is the preferred one for complaints and cases that cite multiple grounds. Nevertheless, there are other ways in which multiple grounds matters are being handled by human rights bodies, courts and international bodies such as the United Nations (the "UN"). In some instances, the grounds are looked at sequentially to see whether discrimination can be made out on the basis of each one in turn. In other cases, a strategic choice is usually made regarding where to place the evidentiary focus of the complaint and the other grounds are not considered at all.[16] A decision to eliminate another ground might be as a result of the difficulty in proving it, or because the case law may not be as well established in that area. Either of these two approaches really puts an emphasis on a single ground.

In other cases, one ground is seen as compounding discrimination on the basis of another ground so as to increase the overall burden of inequality.[17] For example, in a situation where all women experience discrimination and all persons with

---

[16] For insight into why a claimant might choose to frame her case as sex rather than race-discrimination see E. Carasco, "A Case of Double Jeopardy: Race and Gender" (1993) 6 C.J.W.L. 142. Professor Carasco notes the difficulty identifying and proving the basis for the discriminatory conduct:

> *Proving systemic discrimination based on gender in my case was made possible by the availability of research and statistics relating to women in Canadian universities. Proving systemic discrimination based on the combination of race and gender would have been a lot more difficult simply because of the paucity of women of colour in Canadian universities and the corresponding lack of salary data. The issue of why there are so few women of colour in law faculties is a whole other story. As a woman of colour, I could not help wondering if it was indeed necessary to prove that other women of colour had been treated in a similar fashion before my own treatment, as a woman of colour, could be acknowledged.* [at 152]

[17] Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide, *supra* note 7.

disabilities experience discrimination, women with disabilities will face compounded disadvantage. One example might be a physical test as a pre-condition for employment. If the test disproportionately screens out women and disproportionately impacts persons with disabilities, a woman with a disability will face an accumulated burden and therefore compounded discrimination. This approach differs from an intersectional approach because it simply adds one form of discrimination to the other without recognizing that in fact something unique is being produced. Furthermore, it does not incorporate a contextualized approach which examines society's response to the person as a result of the combination of grounds.

A review of human rights decisions across Canada, cases under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Charter*"), and even international instruments and complaints, reveals that at present the most common approach to discrimination claims is one that tends to focus on a single ground. Current models for human rights and equality claims apply overarching principles in proving and remedying discrimination that do not always take into consideration the unique circumstances of the individual or the social context of the discrimination.

The current approach has been shaped by several factors. Human rights legislation evolved to address overt expressions of discrimination in public spheres. The social, legal and political climate of the time shaped the way in which the legislation developed and was implemented. Another contributing factor was the historical development of human rights legislation and the interpretation given to human rights. Human rights legislation was based on the United Nations' Universal Declaration of Human Rights, which emphasized civil and political rights at the expense of economic, social and cultural rights and did not explicitly recognize the possibility of the intersection of grounds. Some have argued that the current approach has been informed by dominant political ideologies and philosophies such as liberalism in which the 'subject' is treated as independent, unitary, coherent and fixed.[18]

In the sections that follow, discrimination cases involving multiple grounds will be analyzed. *Charter* cases, human rights complaints and complaints under international instruments in which an intersectional approach was not followed will be discussed and an analysis of how the failure to do so led to problematic outcomes will be provided. By way of contrast and to illustrate how an intersectional approach can and should be applied, cases in which a more contextualized approach was used will be reviewed.

### *Human Rights and* Charter *Cases*

Section 15 of the *Charter* guarantees the right to equality based on a list of 'enumerated' grounds, namely race, national or ethnic origin, colour, religion, sex,

[18] See D. Kropp, "'Categorial' Failure: Canada's Equality Jurisprudence – Changing Notions of Identity and the Legal Subject" (1997) 23 Queen's L.J. 201, online: QL.

age and mental or physical disability. In addition, in appropriate cases, courts can recognize 'analogous' grounds of discrimination. With the exception of the Manitoba *Human Rights Code*, human rights statutes in Canada contain an enumerated list of grounds of discrimination with no power to recognize further grounds.

Some scholars have been critical of the focus on enumerated and analogous grounds in *Charter* and human rights cases for two primary reasons. The first relates to the fact that "a limited view of identity ensures that those persons who are unable to categorize or caricaturize themselves according to one of the enumerated categories find themselves "falling through the cracks" of Canadian equality and anti-discrimination law".[19] The second relates to situations in which there is sufficient evidence to find discrimination on the basis of one of the grounds, but to focus solely on that ground would do an injustice to the lived realities of those facing discrimination. In addition to failing to comprehend the complex nature the discrimination, the injustice can involve failing to fashion an appropriate remedy.

A frequently cited example of a case where the single ground approach has resulted in a discrimination claim being dismissed altogether is the majority decision of the Supreme Court of Canada in *Mossop*.[20] The majority of the court has been criticized for preferring the least problematic categorization available, namely that Mr. Mossop's claim of discrimination for being denied bereavement leave to attend the funeral of his same-sex partner's father was a claim of discrimination on the basis of sexual orientation and not on the basis of family status.[21] The majority decision was based on an assumption that the grounds of "family status" and "sexual orientation" were mutually exclusive. As the majority characterized the claim as based on sexual orientation, and due to the fact that at the time, sexual orientation was not a prohibited ground of discrimination in the *Canadian Human Rights Act*, Mr. Mossop's claim failed despite the clear differential treatment he had experienced.

Other cases have 'fallen through the cracks' in the sense that discrimination has been found on one ground only, in a way that fails to comprehend the complexity of the claimant's experience. One author surveyed race and sex discrimination cases reported in the Canadian Human Rights Reporter from 1980 to 1989 to see how Canadian human rights tribunals have responded to claims of discrimination brought by racial minority women.[22] The first finding was that it was very difficult to find reference to racial minority women in the cases. The effect of this was that racial minority women and their unique experiences of discrimination seemed to

---

19 *Ibid.* at para. 1.

20 *Supra*, note 14.

21 See for example: J. Freeman, "Defining Family in *Mossop v. DSS:* The Challenge of Anti-Essentialism and Interactive Discrimination for Human Rights Legislation" (1994) 44 U.T.L.J. 41 and Patently Confused: Complex Inequality and *Canada v. Mossop, supra* note 6.

22 N. Duclos, "Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases" (1993) 6 C.J.W.L. 25 [hereinafter "Disappearing Women"].

'disappear'. Moreover, when cases involving racial minority claimants were found, there was no consideration in the tribunals' decisions that racial minority women might be relevantly different from racial majority women or racial minority men. In other words, the cases distorted the women's actual experiences, analogizing them to what would have happened to "raceless women or genderless racial minorities".[23]

Most of the scholarly literature available on the intersection of gender with other grounds focuses on the experience of women. Of course, as illustrated in the examples given throughout this paper, for many men, the intersection of gender with another ground of discrimination produces a unique experience of discrimination.

One common problem with not using an intersectional approach can be seen in many sexual discrimination and harassment cases. Stereotypes arising from particular combinations of race and gender are often the source of discriminatory treatment. Sexual harassment cases tend to proceed on the basis that the race, ethnic origin, ancestry of the alleged harasser and the complainant are not relevant. However, there may be stereotypes about the sexuality of women based on their race, ethnic origin, ancestry or place of origin. In one case where a Black woman was sexually harassed by her employer, the evidence revealed that he had said to her "that's how black people make their living, by doing blow jobs" and the board even noted that the respondent made "a number of references to [the complainant's] colour" during this testimony. Yet there was no serious consideration of how the complainant had been treated as a young Black woman and no finding of race discrimination.[24] In sexual harassment cases, factors such as age, marital status, and sexual orientation can also be relevant.[25]

In another case, involving sexual harassment of factory workers by their foreman, the board suggested that the sexual harassment was exacerbated by the complainants' ethnic and linguistic characteristics as well as place of origin and immigration status:

> *It is clear that Mr. DeFilippis tried to intimidate and manipulate the female workers he desired sexually. He was in a position, as he knew, of being able to hire very dependent, immigrant female workers (very much needing work, not speaking English and being relatively inarticulate, and who perhaps appeared from their cultural backgrounds to more likely subject themselves to male authority) who he could seek to take sexual advantage.*[26]

---

[23] *Ibid.* at 30.

[24] *Cuff v. Gypsy Restaurant and Abi-ad* (1987), 8 C.H.R.R. D/3972 (Ont. Bd. Inq.) as discussed in Disappearing Women, *ibid.* at 34-5.

[25] For a sexual harassment case in which the sexual orientation of the complainant was a factor in her experience, see *Crozier v. Asselstine* (1994), 22 C.H.R.R. D/244 (Ont. Bd. Inq.).

[26] *Olarte v. DeFilippis and Commodore Business Machines Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705 (Ont. Bd. Inq.) [hereinafter *Olarte*].

To its credit the board did recognize that what was experienced by the complainants was not just a product of their gender but also other grounds. However, it did not find discrimination on the basis of race, ancestry, place of origin or ethnic origin. Nor was there any mention of these grounds as an exacerbating factor in the determination of an appropriate remedy.[27]

In a single ground focused approach, the strategic decision as to where to place the 'evidentiary focus' of the claim is often based on which grounds are more 'palatable'. Several authors have noted that this often results in race being erased. For example, *Alexander v. British Columbia*[28] a First Nations woman who was partially blind and had a motor impairment affecting her gait and speech was refused service in a liquor store because the store manager thought she was drunk. Despite the fact that she asserted that the discrimination was on the basis of race, colour, ancestry and/or physical disability, the tribunal characterized the store manager's refusal to believe her assertions about her disability as discrimination on the basis of disability only and did not consider whether stereotypes about Aboriginal women were at play.

Another common criticism is that the "law's conception of race is so impoverished that it cannot seem to grasp differences between racial groups."[29] Persons who are not members of the dominant group tend to be viewed as a homogenous category of 'not-white', 'racial minority' or 'visible minority'. Everyone within that group is treated as being the same and the particular stereotypes or forms of disadvantage that may be experienced by different persons based on their particular identity are not acknowledged. For example, in *Wattley v. Quail*[30], an apartment was not rented to a Black man. The respondent gave evidence that a potential tenant would have to be a "person who was compatible with her as she lived alone and she wanted a person with whom she felt comfortable and secure."[31] Evidence was given by another tenant, an East Asian woman, that the respondent was not racist because the respondent had rented an apartment to her. However, this did not address the fact that the respondent may have held stereotypes about Black men and may have viewed the complainant very differently based on his gender and race. In that case, the evidence of the other tenant was not successful in defeating the complaint. However, the case illustrates that evidence that a respondent has not discriminated against persons from a different racial background must be used carefully as it can result in a claim of discrimination being defeated, despite the fact that a person may have had a unique experience as a result of their particular identity.

---

27 Each complainant received general damages ranging from $1,500 to $4,000 plus interest and lost wages for a total award of $21,000. For a further discussion of remedies see the section **The Move Towards an Intersectional Approach**.

28 Disappearing Women, *supra* note 22 at 45.

29 Disappearing Women, *supra* note 22 at 43.

30 (1988), 9 C.H.R.R. D/5386 (B.C.C.H.R.).

31 *Ibid.* at D/5387.

Another concern with combining different racialized groups into a single category is that it tends to assume that only members of a dominant group can discriminate and that racial minorities cannot discriminate against each other.[32] Future policy work on race ethnicity and origin will provide a more detailed analysis of the experience of racial discrimination.

Further evidence of the difficulty in grasping differences is illustrated by the tendency to treat race, colour, ethnic origin, ancestry and place of origin as a single category. This fails to recognize that these are separate grounds which may intersect to produce a qualitatively different experience for persons who are identified by more than one ground. For example, a recent Canadian Race Relations Foundation report concludes that within racialized groups, foreign-born persons face even greater disadvantage in employment.[33]

It is important to note that although the discussion of intersectionality in the scholarly literature often focuses on the intersection of race with other grounds, in particular gender, the concept is applicable to all forms of multiple grounds discrimination. A single ground approach has resulted in inappropriate outcomes and the erasure of the complexity of the discrimination in cases involving any combination of grounds including race related grounds, age, disability, sexual orientation, creed and gender. The need for an intersectional approach is therefore necessary to apply a proper analysis, no matter what the combination of grounds involved.

***The Commission's Approach to Complaints***

Complaints to the Ontario Human Rights Commission filed between April 1997 and December 2000 indicate that 48% of the complaints included more than one ground, while 52% cited only one ground of discrimination.

---

32 Disappearing Women, *supra* note 22 at 43.

33 *Unequal Access: A Canadian Profile of Racial Differences in Education, Employment and Income*, *supra* note 9 .

**Table 1**

**Number of Cases with more than one ground**

| Total number of cases filed by selected grounds | Race* | Age | Handicap | Sex | Receipt of Public Assistance |
|---|---|---|---|---|---|
| | 4140 | 868 | 3303 | 2522 | 161 |
| Number of cases with more than one ground | | | | | |
| Race | | 190 | 221 | 285 | 41 |
| Age | 190 | | 134 | 131 | 33 |
| Handicap | 221 | 134 | | 237 | 38 |
| Sex | 285 | 131 | 237 | | 40 |
| Receipt of Public Assistance | 41 | 33 | 38 | 40 | |
| Total | 737 | 488 | 630 | 693 | 152 |

* The data on race includes the grounds of colour and place of origin[34].

Fifty-six percent (56%) of age complaints included other grounds; 19% of complaints filed on the ground of handicap included multiple grounds; 27% of cases filed on the ground of sex included multiple grounds; 94% of complaints citing the ground of receipt of public assistance included other grounds[35]. Of all the complaints filed, 18 % of 'race' cases included more than one ground. Unfortunately, due to the fact that race has traditionally been treated as also encompassing grounds such a colour and place of origin, this statistic may not be meaningful in reflecting the complexity of the race-related cases the Commission receives.

The approach followed by courts and tribunals in cases such as those discussed above are reinforced when these cases are incorporated into human rights policies and procedures. When decision-makers, as eminent as the Supreme Court, are struggling to apply a multiple grounds analysis, it is not surprising that human rights commissions are also having difficulty. At the same time, when commissions determine that there is sufficient evidence to proceed on a particular ground and not to pursue others, the case tends to be presented as such to the tribunal by commission counsel and will likely be determined on that ground alone.[36] A self-reinforcing cycle can then be established in which human rights commissions and

[34] The Commission's tendency to link place of origin with grounds such as race, colour, ethnic origin will be receiving further consideration in future policy work on race, ethnicity and origin.

[35] The statistic with respect to receipt of public assistance is not surprising given the relationship between low socio-economic status and other *Code* grounds. The Commission's Research Paper *Human Rights Commissions and Economic and Social Rights* (February, 2000) [unpublished], outlines in detail the relationship between poverty and being a member of a group identified by grounds such as gender, age, family and marital status, disability, race, ancestry, place of origin and citizenship.

[36] Disappearing Women, *supra* note 22 at 35.

decision-makers each play a part in perpetuating a single ground focused approach.

During intake, potential complainants are asked to identify the grounds on which they believe discrimination or harassment occurred. Some will indicate all of the grounds that they feel may have been a factor while others may not realize the relevance of another ground. When it comes to light subsequently, usually during an investigation, if the complaint is not promptly amended, it may be too late. Concerns about procedural fairness may be triggered if there is a change in the nature of the case the respondent has to answer. Timeliness may also be an issue. Once the complaint is referred to a board of inquiry, a party may only argue a new basis of liability without amending a complaint where it does not depend on the establishment of new factual allegations of which the respondent had no notice, the assertion of which could cause prejudice.[37]

Unfortunately, the Commission's 1994 *Guidelines and Recommendations for Dealing with Race Cases from Intake to Board of Inquiry* do not discuss the need to address the intersection of race and race-related grounds with other grounds such as sex, disability and age to name just a few. Similarly, the Commission's Enforcement Manual does not provide explicit guidance on the intersection of grounds. In practice, all of the grounds mentioned in a complaint may not always be investigated. The simplest or most obvious ground may become the focus, with other grounds mentioned in passing or not at all. When all the grounds are investigated, rather than applying an intersectional approach, each ground may be treated as separate and not related to the others. This can result in a finding that there is insufficient evidence on any one ground to send a case to a board of inquiry, despite the fact that the person clearly experienced differential treatment. It can also result in inappropriate comparisons being made with persons identified by some but not all of the same grounds as the complainant.

In other cases, an intersectional approach to the multiple grounds is applied and an accurate picture of the discrimination is captured. For example, in an employment case involving a Black man from a country in Africa who had several children and a non-evident disability, viewing each ground separately, there did not appear to be enough evidence of discrimination on each ground alone to warrant a board of inquiry. Yet there was sufficient evidence that the complainant was experiencing differential treatment for reasons related to *Code* grounds and not just because of a personality conflict or job performance issues.[38] Had the Commission treated each ground as a separate and unrelated category, the case would likely have

---

[37] See *Vander Schaaf v. M & R Property Management Ltd.* (2000), 38 C.H.R.R. D/251 (Ont. Bd. Inq.) at para. 14 [hereinafter *Vander Schaaf*]. In that case, the Commission was denied its motion to amend the complaint to add "age" as a ground of discrimination.

[38] There were isolated incidents related to each of the complainant's race, disability and family status. Looking at each ground alone, there may not have been sufficient evidence for a board. Yet it appeared clear that the complainant's supervisor had issues with him as a Black man from Africa who needed time off due to family responsibilities and as a result of his non-evident disability. It was therefore, the intersection of grounds in this person that led to the discriminatory treatment.

been dismissed. However, the Commission concluded that the incidents that had occurred demonstrated that he had experienced discrimination on an intersection of grounds. In other words, a contextual analysis was used in which the full identity of the complainant was considered. The case was not about the complainant as an individual but rather the differential treatment he received as a result of the confluence of *Code* grounds.

A potential pitfall in investigating multiple grounds complaints is to compare the complainant to persons who only share some of the complainant's characteristics. For example, in a hypothetical case involving an allegation that an employer refused to promote a woman with a family because of a "glass ceiling" based on a presumption that women with young children are not sufficiently committed to their careers, it would not necessarily be appropriate to conclude that because the employer has women in management and men with children in senior positions, no discrimination has occurred. To the greatest extent possible, if comparisons are to be used, they should reflect all the aspects of the complainant's identity. In this hypothetical example, the experience of mothers with young children seeking to advance within the company would likely be the only meaningful comparison. If there are insufficient persons to compare to, it may be better to reflect the limited value of a comparison than to equate the complainant's situation to one that might be quite different because of the grounds involved. An intersectional analysis would recognize that comparisons must be used with great caution as an inappropriate comparison can lead to the dismissal of a case that should have been adjudicated.

Even where it is clear that there is enough evidence of discrimination on one ground alone, it may be appropriate to consider referring the case to the board of inquiry on the basis of all the grounds that make up the complainant's identity or on the basis of all of the grounds that might be relevant. For example, if a woman who is a recent immigrant alleges sexual harassment, it might also be appropriate to add the grounds of place of origin, citizenship and ethnic origin to ensure that the investigator and later the board of inquiry can consider whether part of the reason for the harassment was related to the woman's actual or perceived vulnerability as a recent immigrant, a perception about her sexuality based on her place of origin and so forth. Oral testimony, given under oath and subject to cross-examination, may be more successful in eliciting evidence about the complexity of the complainant's experience than a Commission investigation.

***Jurisprudence of International Bodies***

To date, international bodies are proceeding largely on the basis of a single ground focused approach. The problem of multiple disadvantage and multiple discrimination, in particular as experienced by minority women, has not been acknowledged in the case law of the European Court of Human Rights and the

Human Rights Committee.[39] Monitoring bodies select one aspect of discrimination and largely ignore other simultaneous violations. This has resulted in a failure to address the totality of the problems and the structural disadvantages experienced by groups such as minority women.[40]

In a case concerning Britain's denial to women with permanent residence permits the right to have their spouses join them in Britain, the European Court established a violation on the ground of sex but did not consider in any detail the issue of discrimination based on national origin or birth.[41] This resulted in a comparison only on the basis of sex, *i.e.* female permanent residents were compared with male permanent residents, rather than a comparison based on sex and birth. A more appropriate comparison would have compared female permanent residents with male citizens thus showing the true extent of the discrimination.[42]

Closer to home, a very significant example of the Human Rights Committee's failure to consider multiple grounds discrimination can be seen in *Lovelace v. Canada*.[43] The case involved a complaint about Canada's *Indian Act* which provided that First Nations women would lose 'Indian status' and the associated rights upon marrying non-First Nations men. There was no similar loss of status for First Nations men marrying non-First Nations women. The Committee chose to focus on the issue of the right to culture, language and religion of persons belonging to minorities. Despite the strong sex discrimination aspect of the case, the Committee did not address in any substantial way the fact that Lovelace was denied the right to enjoy her culture *because she was a woman*.

The failure to address multiple grounds discrimination at the international level has important consequences. If the European Court of Human Rights or the Human Rights Committee establishes a violation, the states concerned are to amend the law or practice accordingly.[44] Thus, an incomplete analysis can affect the remedy or outcome. As well, the cases are used as examples and precedents by other states when enacting or amending laws, writing their reports under various international instruments and applying principles before their own national courts.[45]

---

39 A.S. Åkermark, "Minority Women: International Protection and the Problem of Multiple Discrimination" in L. Hannikainen, E. Nykänen, eds., *New Trends in Discrimination Law – International Perspectives* (Turku: Turku Law School, 1999) 85 at 86. The discussion of the treatment of multiple discrimination in cases before international bodies is from this article.

40 *Ibid.* at 99 and 100.

41 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, ECHR Series A, No. 94 (1985).

42 Åkermark, *supra* note 39 at 101-2.

43 Views of the Human Rights Committee in UN Doc. A/36/40(1981).

44 Åkermark, *supra* note 39 at 103.

45 *Ibid.* At 104.

## THE MOVE TOWARDS AN INTERSECTIONAL APPROACH

### *Multiple Grounds in Equality and Human Rights Jurisprudence*

Some courts and tribunals have started to acknowledge the need to make special provision for discrimination based on multiple grounds and to recognize the social, economic and historical context in which it takes place. However, despite these advancements, the courts' understanding of a proper intersectional approach is still in its infancy. What follows is a discussion of recent cases in which a move towards a multiple grounds or intersectional analysis is evidenced in either a majority or dissenting opinion.

#### Supreme Court of Canada

Recently, decisions of the Supreme Court of Canada have included comments on multiple grounds of discrimination and intersecting grounds. In some of these decisions, the social context and life experiences of persons who suffer discrimination are discussed. The perspective of the individual is reaffirmed.

Writing for the minority in the *Mossop* case, Madam Justice L'Heureux-Dubé remarked, "it is increasingly recognized that categories of discrimination may overlap, and that individuals may suffer historical exclusion on the basis of both race and gender, age and physical handicap or some other combination." She further commented that:

> *...categorizing such discrimination as primarily racially oriented, or primarily gender-oriented, misconceives the reality of discrimination as it is experienced by individuals. Discrimination may be experienced on many grounds, and where this is the case, it is not really meaningful to assert that it is one or the other. It may be more realistic to recognize that both forms of discrimination may be present and intersect.*

She went on to comment on the way to deal with multiple forms of discrimination where both grounds are prohibited:

> *On a practical level, where both forms of discrimination are prohibited, one can ignore the complexity of the interaction, and characterize the discrimination as one type or the other. The person is protected from discrimination in either event.*
>
> *However, though multiple levels of discrimination may exist, multiple levels of protection may not. There are situations where a person suffers discrimination on more than one ground, but where only one form of discrimination is a prohibited ground. When faced with such situations, one should be cautious not to characterize the discrimination so as to deprive the person of any protection. ... One should not lightly allow a*

> *characterization which excludes those from the scope of the Act who should legitimately be included.*[46]

While being generally positive about L'Heureux-Dubé's J.'s recognition of intersecting grounds of discrimination, many commentators have been critical of her suggestion that where both forms of discrimination are prohibited, one can just select one of the grounds. This represents a return to the traditional single ground focused approach and does not reflect an intersectional analysis. This comment likely arose owing to the facts of the case and L'Heureux-Dubé J.'s words nevertheless represent an important first step in recognizing the intersection of multiple grounds.

In a subsequent decision, *Egan*, L'Heureux-Dubé J., once again in a dissenting opinion, reiterated that categories of discrimination cannot be reduced to watertight compartments, but rather will often overlap in significant measure. Awareness of, and sensitivity to, the realities of those experiencing discrimination is an important task that judges must undertake when evaluating the impact of the distinction on members of an affected group.[47]

More recently, in its majority decision in *Law v. Canada*[48], the Supreme Court recognized that a discrimination claim can present an intersection of grounds that are a synthesis of those listed in s. 15(1) or are analogous to them:

> *... it is open to a claimant to articulate a discrimination claim under more than one of the enumerated and analogous grounds. Such an approach to the grounds of discrimination accords with the essential purposive and contextual nature of equality analysis under s. 15(1) of the Charter. Where a party brings a discrimination claim on the basis of a newly postulated analogous ground, or on the basis of a combination of different grounds, this part of the discrimination inquiry must focus upon the issue of whether and why a ground or confluence of grounds is analogous to those listed in s. 15 (1). This determination is made on the basis of a complete analysis of the purpose of s. 15(1), the nature and situation of the individual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of the group. A ground or grounds will not be considered analogous under s. 15 (1) unless it can be shown that differential treatment premised on the ground or grounds has the potential to bring into play human dignity.... If the court determines that recognition of a ground or confluence of grounds as analogous would serve to advance the fundamental purpose of s. 15(1), the ground or grounds will then be so recognized.*[49]

The Court further stated:

---

46 *Mossop, supra* note 14 at para. 53-54.
47 *Egan, supra* note 1 at 563.
48 [1999] 1 S.C.R. 497 [hereinafter *Law*].
49 *Ibid.* at 554-5.

> *There is no reason in principle, therefore, why a discrimination claim positing an intersection of grounds cannot be understood as analogous to, or as a synthesis of, the grounds listed in s. 15 (1).*[50]

Subsequent to *Law*, the Supreme Court applied this analysis to recognize a new analogous ground of discrimination, namely "aboriginality-residence." In *Corbiére v. Canada*[51] the court considered a provision of the *Indian Act* which barred band members who live off-reserve from voting in band elections. In establishing the new analogous ground the court noted that the group experiencing differential treatment was based on a combination of traits, namely being Aboriginal persons who are band members but living off a reserve. L'Heureux-Dubé J.'s decision also noted the particular adverse impact that the impugned law had on Aboriginal women because of the history of their involuntary loss of Indian status:

> *Aboriginal women, who can be said to be* ***doubly disadvantaged*** *on the basis of both sex and race, are among those particularly affected by legislation relating to off-reserve band members, because of their history and circumstances in Canadian and Aboriginal society.*[52][Emphasis Added.]

Furthermore, in describing whether recognition of an analogous ground will further the purposes of s. 15(1) of the *Charter*, L'Heureux-Dubé J. noted:

> *The second stage [of the s. 15(1) inquiry] must therefore be flexible enough to adapt to stereotyping, prejudice, or denials of human dignity and worth that might occur in specific ways for specific groups of people, to recognize that personal characteristics may overlap or intersect (such as race, band membership, and place of residence in this case), and to reflect changing social phenomena or new or different forms of stereotyping or prejudice.*[53]

The decision places a significant emphasis on a contextual approach that recognizes stereotyping, prejudice or denials of human dignity may occur in specific ways for specific groups of people and that personal characteristics may overlap or intersect.

The inability to recognize new analogous grounds under the *Code* does not mean that these Supreme Court of Canada cases are inapplicable to the Commission's work. Rather they represent an important first step in acknowledging that grounds are not rigid, watertight compartments and in signalling a move towards an intersectional and contextualized approach. As the approach to human rights and *Charter* cases should be as congruous as possible[54], this evolution in the Supreme Court's jurisprudence signals a need for human rights bodies to follow by applying existing grounds in a manner that most promotes an intersectional approach.

---

50 *Ibid.*

51 [1999] 2 S.C.R. 203 [hereinafter *Corbiére*].

52 *Ibid.* at 259.

53 *Ibid.* at 253.

54 *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 [hereinafter "*Meiorin*"].

## Courts and Tribunals

Several notable decisions recognizing the relationship between multiple grounds have come out of Canadian courts and human rights tribunals.

One of the earliest and most significant decisions is that of the Nova Scotia Court of Appeal in *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks*[55]. In that case, the court recognized that in considering whether legislation has a discriminatory effect, regard must be had to the characteristics shared by persons comprising the group adversely affected. The Court recognized that discrimination is the combined effect of multiple factors, including poverty:

> *As a general proposition persons who qualify for public housing are the economically disadvantaged and are so disadvantaged because of their age and correspondingly low incomes (seniors) or families with low incomes, a majority of whom are disadvantaged because they are single female parents on social assistance, many of whom are black [sic]. The public housing tenants group as a whole* ***is historically disadvantaged as a result of the combined effect of several personal characteristics listed in s. 15(1).***[56] [Emphasis Added.]

In a significant Ontario human rights case, *Kearney v. Bramalea Ltd. (No. 2)*[57] a very similar approach was followed but in the context of a complaint under the *Code*. The case involved the use of rent-to-income ratios to determine eligibility for rental accommodation. Expert witnesses provided the board of inquiry with evidence that the rent-to-income ratios operated to exclude certain socially disadvantaged groups who were statistically more likely to never meet the required ratio. The statistical evidence presented noted the particular situation of persons who present an intersection of grounds, such as single mothers, young single women, single First Nations women, single Black women, single South Asian women, single women from Africa, non-citizen female single parents and unattached women on social assistance.

The tribunal accepted evidence that the use of criteria had a disparate impact on individuals based on their age, sex, race, family status, marital status, citizenship, place of origin and the receipt of public assistance. The tribunal acknowledged that the evidence presented noted the importance of recognizing that many "groups" intersect and overlap substantially.[58] The tribunal found discrimination on the basis of every ground cited in each complaint. For example, in the case of Catarina Luis, a single Black mother, a refugee from Angola, and in receipt of family benefits assistance, the board concluded

---

55 (1993), 101 D.L.R. (4th) 224 (N.S.C.A.) [hereinafter *Sparks*].

56 *Ibid.* at 234.

57 (1998), 34 C.H.R.R. D/1 (Ont. Bd. Inq.) [hereinafter *Kearney*]. The decision of the Superior Court of Justice, Divisional Court confirms the Board of Inquiry's approach and treatment of the expert evidence: *Shelter Corp. v. Ontario (Human Rights Comm.)* (2001), 39 C.H.R.R. D/111 (Ont. Sup. Ct.).

58 *Kearney, ibid.* at D/16.

discrimination on the basis of race, sex, marital status, family status, citizenship, place of origin and receipt of public assistance.

In the subsequent decision of *Vander Schaaf*, the board of inquiry once again reverted to an approach that primarily looked at the alleged grounds of discrimination, namely age, sex and marital status, in isolation instead of giving full consideration to their intersectional effect. In another recent decision in which the complainant, a single mother on social assistance, alleged she was denied rental accommodation because of her source of income and her marital and family status, the tribunal noted that "in order to prove her complaint, the complainant need only establish that one or more of these grounds was one of the factors in the respondent's denial of tenancy".[59] While this approach may be technically accurate, it tends to negate the complexity of discrimination faced by groups such as single mothers in receipt of social assistance. It should, therefore, only be followed where evidence supports only one ground and not where the discrimination is clearly based on an intersection of grounds. In those cases, all grounds should be recognized, investigated and, if there is evidence to warrant, sent to a board on the totality of grounds.

In *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services, Income Maintenance Branch)*, the Ontario Divisional Court followed S*parks* and *Corbiére* to find that "the recognition of the Respondents as members of a group suffering discrimination by reason of their status as sole support mothers on social assistance, a basis analogous to the enumerated grounds, would advance the fundamental purpose of s. 15(1), the protection of human dignity."[60]

In *Irshad (Litigation guardian of) v. Ontario (Minister of Health)*[61], the Court recognized that the reason the claimants were not eligible for OHIP coverage, the basis for the *Charter* claim, was not because they were disabled or immigrants, but because they were immigrants with a disability. Had they not been disabled they would have been able to satisfy the medical requirements under the *Immigration Act* and thereby entitled to OHIP coverage. Had they been born in Ontario they would also have been entitled even with the same disabilities. Despite this acknowledgement of the effect of the intersection of grounds, the court's decision to dismiss the *Charter* challenge lacked an assessment of the intersectionality of the grounds of disability and immigration status. On appeal, the Court accepted that but for their disabilities, the claimants would have been eligible for OHIP. However, it concluded that the eligibility criteria used by Ontario were based on immigration status. It was the federal immigration authorities who decided that physical disabilities rendered the claimants ineligible for landed immigrant status. The adverse effect caused by selecting criteria, namely immigration status, that were based on disability, was not considered.

---

59 *Birchall v. Guardian Properties Ltd.* (2000), 38 C.H.R.R. D/83 at para. 30 (BCHRT).

60 [2000] O.J. No. 2433 (Div. Ct.), online: QL. This decision is under appeal.

61 (1999), 60 C.R.R. (2d) 231 (Ont. Gen. Div.); aff'd 197 D.L.R. (4th) 103 (Ont. C.A.).

In *Rivers* v. *Squamish Indian Council*,[62] the tribunal examined a discrimination claim based on more than one enumerated ground. The complainant, an Aboriginal woman whose national and ethnic origin was Gitskan, alleged that she was discriminated against because she was a "married in" as opposed to a blood born member of the Squamish Band and was not connected to one of the "chiefly families."[63] The dissenting member of the tribunal recognized that the complaint was based on multiple grounds *i.e.* national/ethnic status and family status and stated that the alleged grounds had been analyzed separately but that the two grounds are very closely related and in fact overlap.[64] While indicating that the dimension of the interaction of multiple grounds or the concept of intersectionality would be relied upon, the dissenting member then proceeded to analyze the case by dealing with each ground in turn rather than dealing with the effect of their intersection. This type of approach illustrates the desire on the part of decision-makers to acknowledge an intersectional approach despite the fact that they are, in some instances, unsure how to apply an intersectional analysis to the facts.

One case provides an excellent example of a tribunal expressly recognizing the intersection of race and sex in finding discrimination. In *Frank v. A.J.R. Enterprises Ltd. (c.o.b. "Nelson Place Hotel")*,[65] the majority of the clientele of the respondent's hotel was Aboriginal. However, the complainant and other Aboriginal women found themselves evicted from their rooms or denied service at the lounge on several occasions. The respondent sought to argue that as it primarily served Aboriginal persons, it would not have discriminated against the complainant. (Essentially the respondent argued that as it does not discriminate against other Aboriginal persons, it could not have discriminated against the complainant.) The tribunal looked at the historical context of the treatment of Aboriginal persons in Canada:

> *...it is not inconceivable for an agency, a business, a nation, or a people, to maintain business dealings with a people it holds in contempt and to blatantly discriminate against it* ***or a class within it****.... To hold Native people in contempt while taking every dollar from them is not an unheard of business practice in our history. The Respondent's actions and practices, to say the least, smack of this negative attitude toward* ***aboriginal women as a class of people.***[66] [Emphasis Added.]

The tribunal took offence to the respondent's insinuation that the complainant was a prostitute: "What is particularly offensive about this is the assumption that she is a prostitute because she is a single Native woman in

---

62 *Rivers v. Squamish Indian Council*, [1994] C.H.R.T. No. 3 No. T.D. 3/94 [hereinafter *Rivers*].
63 *Ibid.* at 93-94.
64 *Ibid.* at 97.
65 (1993), 23 C.H.R.R. D/228 (BCCHR) [hereinafter *Frank*].
66 *Ibid.* at D/232.

a hotel by herself".[67] The tribunal used strong language about the intersection of race and sex and compensated the complainant for the indignity of both race and sex discrimination:

> *I recognize that this is not the platform for me to pontificate about the evils of sexism and racism, but suffice it to say that* ***sexism and racism do often intersect to the degree that sometimes one is unsure which of these two forces is at work****. Nevertheless, I wish to draw attention to the magnitude of the complaint,* ***to the intersection of sex and race discrimination which, in my view, is the essence of this complaint****, and to the indignity suffered by the Complaint. I also wish to draw attention to the fact that that attitude and conduct of the Respondent seems to me to* ***reflect a pattern of malignant and contemptuous sexism intertwined with callous racism and disregard for the basic dignity, humanity and feelings of aboriginal women****.*[68] [Emphasis Added.]

Increasingly, tribunals and courts are recognizing a need for an intersectional analysis. After having acknowledged the need for an intersectional approach, courts and tribunals are meeting with varying degrees of success in applying such an analysis to the determination of whether discrimination has occurred. In some cases, the analysis takes into account the effect of the existence of multiple grounds, while in others the decision-makers tend to revert back to a sequential analysis of each ground in isolation. Nevertheless, some significant developments have occurred and include: (1) a recognition by the Supreme Court that an intersection of grounds can be recognized as a new analogous ground where social context, historical disadvantage and essential human dignity are involved,[69] (2) the application of a contextual analysis, focusing on society's response to the individual and it's construction of identity, that includes examination of historical disadvantage, social, political and cultural context and socio-economic issues,[70] (3) the use of statistical evidence to illustrate the particular circumstances of groups identified by an intersection of grounds,[71] (4) findings of discrimination based on all the grounds that make up a complainant's identity and not just those that are the least complex or controversial,[72] and (5) the rejection of individuals or groups that are identified by some but not all of the same grounds as the complainant as being inappropriate for comparison to the complainant.[73]

## Remedies

Although courts and tribunals have acknowledged the reality of discrimination on more than one ground, there are no clear directions on dealing with remedies in these types of claims. There is very little evidence to show that remedies awarded

---

67 *Ibid.* at D/233.
68 *Ibid.* at D/234.
69 *Law, surpa* note 48 and *Corbiére, supra* note 52.
70 *Frank, supra* note 65, *Sparks, supra* note 56 and *Kearney, supra* note 57.
71 *Kearney, ibid.*
72 *Kearney, ibid.* and *Frank, supra* note 65.
73 *Frank, ibid.* and *Corbiére supra* note 52.

in human rights complaints consider multiple or intersecting grounds of discrimination. While some tribunal decisions acknowledge that discrimination may be experienced at multiple levels, this appears not to be reflected in awards or remedies. For example, although extensive documentation was presented in *Kearney* on the impact of the landlord's policy on multiple grounds of discrimination, the remedies did not recognize or address the multiple effects of the discrimination. In *Olarte*, the court recognized that the respondent took advantage of the particularly vulnerable status of his dependent, immigrant female workers who very much needed work, may not have spoken English and perhaps appeared from their cultural backgrounds to be more likely to subject themselves to male authority. Despite recognizing their particularly disadvantaged status, the remedy given did not acknowledge that more harm may have been occasioned thereby.

In *Crozier,* the respondent had tried to pursue a sexual relationship with the complainant, a lesbian, by trying to convince her that there were problems with her current sex life that could be remedied by having a heterosexual relationship with him. The tribunal acknowledged that "the respondent's conduct amounts to harassment because of sexual orientation as well as sexual harassment."[74] The tribunal relied on an analogy of a hypothetical case between a complainant and respondent of different races and concluded that a similar situation would constitute racial as well as sexual harassment. Counsel for the complainant urged that separate amounts be awarded. While the tribunal accepted that "the element of harassment for sexual orientation adds weight to the sexual harassment committed by the respondent" and that the complainant's vulnerability was "undoubtedly increased by the fact that as a lesbian, she was a member of a marginalized group",[75] the tribunal concluded that "the violation of the two provisions of the *Code* are closely intertwined, and neither one doubles the effect of the other." [76]

In *Egan*, L'Heureux-Dubé J. drew an interesting analogy to demonstrate the impact that an act of discrimination can have on different groups:

> *No one would dispute that two identical projectiles, thrown at the same speed, may nonetheless leave a different scar on two different types of surfaces. Similarly, groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly socially vulnerable.*[77]

Similarly in *Sparks*, the Nova Scotia Court of Appeal looked at the impact of Ms Spark's characteristics (a person of colour [Black], a woman, a sole support mother, a social assistance recipient, a subsidized tenant, and a poor person) and

---

74 *Supra,* note 25 at D/247.
75 *Ibid.* at D/248.
76 *Ibid.* at D/249.
77 *Egan, supra* note 1 at 553.

the disadvantaging effect of the legislative provisions in question, in a global and cumulative way – the way in which Irma Sparks herself experienced them.[78]

In *Ghosh v. Domglas*[79], a complaint of harassment because of disability, the tribunal introduced the issue of race, although this was not alleged in the complaint, to note that this may have had an effect on the injury suffered:

> *...while there is nothing to suggest that Mr. Ghosh was harassed because of his race, in considering damages it is to be considered that the wrongdoer takes his victim as he finds him. His membership in a visible minority may have had nothing to do with the harassment, but I have no doubt that that fact was a subjective element in increasing his vulnerability and anguish...*[80]

As the aim of human rights remedies is, in part, to restore the person to the position she would have been in if the discrimination had not occurred, the damage to the person as a result of the discrimination is a critical factor to consider. In this regard, L'Heureux-Dubé's acknowledgement that persons who are more socially vulnerable will experience greater impact is significant for the purposes of determining remedies for multiple and intersecting discrimination. Therefore, while in some cases, a more significant award may not be warranted, there may be some situations in which the particular vulnerability of the person, as a result of the intersectionality of grounds, should be acknowledged in the damages for injured dignity, mental anguish and so forth.[81] It could be another factor to be considered in determining the extent of the complainant's injury as a result of the discrimination or harassment.

Aside from monetary compensation, a *Task Force on Gender Equality in the Legal Profession* (the "*Task Force*") has suggested that the best way of remedying and preventing systemic discrimination (multiple grounds discrimination being one component) is through the equality principles of affirmative action and the human rights principle of the duty to accommodate.[82] The *Task Force* notes that equality rights law, which applies the contextual approach, provides the rationale for affirmative action programs that "acknowledge that existing social and legal arrangements have actively benefited certain groups and disadvantaged others... [and] aim to restore the balance."[83] The *Code* allows historical disadvantage to be

---

78 M. Jackman, "Constitutional Contact with the Disparities in the World: Poverty as a Prohibited Ground of Discrimination Under the Canadian *Charter* and Human Rights Law" (1994) 2 Review of Constitutional Studies 76 .

79 *Ghosh v. Domglas Inc. (No. 2)* (1992), 17 C.H.R.R. D/216 (Ont. Bd. Inq.).

80 *Ibid.* at para. 21.

81 One author has suggested that in the highly discretionary category of compensation for humiliation and suffering (*i.e.* general damages), the tribunal's perceptions of all the characteristics of the complainant should come into play; see Disappearing Women, *supra* note 22 at 41.

82 Canadian Bar Association Task Force on Gender Equality in the Legal Profession, *Touchstones for Change: Equality, Diversity and Accountability* (Ottawa: The Canadian Bar Association, 1993) (Chair: The Hon. Bertha Wilson) at 16-17.

83 *Ibid.* at 16.

remedied on a proactive basis through s*pecial programs* (s. 14), designed to relieve hardship or economic disadvantage faced by disadvantaged persons or groups.

The duty to accommodate is also a central principle in human rights law and can result in institutional policies, practices and standards being transformed to respond to the needs of different groups. [84] The Supreme Court's decision in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU* has noted the need for employers, service providers and others to design neutral rules and standards in a way that is as inclusive as possible.[85] This could include a consideration of persons who are identified by an intersection of grounds. Possible remedies could therefore include requiring respondents to establish standards that provide for individual accommodation of persons who present with complex identities.

### *Academic Research on Multiple and Intersecting Identities*

Recognizing the need to address the fact that people's unique experience of discrimination may not be captured by a single ground focused human rights approach, researchers and academics have suggested the use of an intersectional analysis.

Several authors have examined the issue of multiple and intersecting identities and their relationship to people's experience in the social, economic, political and legal environment. Several socio-economic reports and research studies documenting individuals' experiences in society, the workplace and other social spheres highlight the importance of multiple factors that constitute identities and recognize its importance not only in human rights discourse but in human rights policy development as well. Esmeralda Thornhill,[86] Nitya Iyer (formerly Duclos),[87] Emily Carasco,[88] and Carol A. Aylward[89] are several scholars who have studied the issue of the intersection of race and gender and have written about the situation of individuals who confront multiple grounds of disadvantage. Celia Rothenberg,[90] writing about the Palestinian community in Toronto, notes the diversity among Palestinian women and observes that the differences among women's lives are "not entirely due to individual idiosyncrasies or circumstances. Rather, these women's lives provide illustrations of how larger socio-economic factors play

---

84 *Ibid.* at 17.

85 *Supra,* note 54 at para. 68.

86 E. Thornhill, "Regard sur le racisme: Perspectives juridiques à partir d'un vécu noir" (1993) 6 C.J.W.L. 1 and E. Thornhill, "Focus on Racism: Legal Perspectives from a Black Experience" (1994) Currents 8, discussed in C. A. Aylward, *Canadian Critical Race Theory: Racism and the Law* (Halifax: Fernwood, 1999) at 45.

87 N. Iyer, "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity" (1993) 19 Queen's L.J. 179; Disappearing Women, *supra,* note 22.

88 A Case of Double Jeopardy: Race and Gender, *supra,* note 16.

89 Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide, *supra,* note 7.

90 C. E. Rothenberg, "Diversity and Community: Palestinian Women in Toronto" (1999) 19 Canadian Woman Studies 75.

themselves out within the Palestinian community."[91] Pointing to the differing political viewpoints and religious identities, she writes that it is important for policy makers and analysts of culture to recognize diversity, rather than rely on generalizations.

In an article explaining the need for educator sensitivity to the connections between race, gender and social class, Goli Rezai-Rashti[92] writes about the tendency of equity issues to be compartmentalized or discussed as separate subjects with the result that a systematic analysis of the relational nature of gender, race and social class is lost to teachers and students. In addition, Rezai-Rashti describes a lack of cultural sensitivity or of an understanding of the complexity of equity issues as alienating minority students. For example, Rezai-Rashti writes of a group of female Muslim Somali students who felt that "because of their socio-economic status, race, culture, religion, and, last but not least, their gender, they were perceived by other students, and sometimes by their teachers, as inherently inferior in terms of a pseudo-hierarchical order with other cultural and religious groups in their school. Because of their religion (Islam) and gender, they came to believe that other students thought of them as submissive, obedient, oppressed, and even mutilated individuals incapable of experiencing any sort of sexual pleasure".[93] The students reported that a 1995 CBC program on female genital mutilation generated racism in their school and contributed to creating an environment that made it easier for other students to "persist in their harassment" because the information presented was "decontextualized" and demeaned their culture and background.[94]

In Rezai-Rashti's analysis, many teachers view issues of race, class and culture from an essentialist perspective, *i.e.* a viewpoint in which women are seen as stable, homogenous and undifferentiated, rather than in a "non-essentialist, unstable, and conflicting way".[95] According to Rezai-Rashti, an essentialist perspective would label specific cultures as backward because of their oppressive treatment of women, whereas a non-essentialist perspective would help students "develop a more critical understanding of racism, sexism, and class issues across cultures".[96]

Carl F. Stychin has applied an intersectional analysis in examining nationalism and identity in Canada, focusing on the constitutional recognition of sexual orientation as analogous ground of discrimination[97].

---

91 *Ibid.* at 76.

92 G. Rezai-Rashti, "Gender Equity Issues and Minority Students: Connections of Race, Gender and Social Class" (1997) 28 ORBIT: Ontario's Magazine for Schools 24.

93 *Ibid.* at 24.

94 *Ibid.* at 25.

95 *Ibid.*

96 *Ibid.*

97 C. F. Stychin, "A Postmodern Constitutionalism: Equality Rights, Identity Politics and the Canadian National Imagination" (1994) 17 Dalhousie L. J. 61.

For women with disabilities, an analysis based on intersecting grounds, with its focus on the perspective of the claimant and the contextual approach, would address concerns that their unique experiences are not recognized in human rights procedures and policy development. Diane Pothier, for example, writes that her experiences are defined by the fact that she is a woman with a disability.[98]

The *Task Force* has written that the legal concept of equality requires consideration of several inter-related concepts: the formal/substantive equality dichotomy; the contextual approach; discrimination and multiple discrimination.[99] The *Task Force* addresses the issue of multiple discrimination as experienced by female lawyers and describes it as consisting of:

> *...the cumulative and compounding effect of discrimination based on several group characteristics. It is difficult, if not impossible, to untangle discrimination based on gender and other characteristics such as race...*
>
> *It is critical to appreciate that the experience of multiple discrimination is different from the experiences of differential treatment based on one ground of discrimination. It is not always easy to appreciate this distinction because of the mainstream perspective on discrimination. ...*
>
> *Racial and gender discrimination can occur simultaneously and are both rooted in society at large, including the legal and justice systems. Both individual and systemic discrimination can be traced to hardened attitudes and commonly involve rigid stereotypes stressing ethnic differences at the expense of those who cannot confirm to the status quo...*
>
> *Aboriginal women lawyers also face sexual and racial discrimination in the profession. In addition, they have unique concerns emanating from being First Nation Individuals. ... Similarly lesbians must deal with negative stereotypes and pressure to be like their heterosexual colleagues. ... Women lawyers with disabilities are faced with a great deal of ignorance concerning their ability to function as lawyers.*[100]

This is indicative of the increasing use of the concepts of multiple and intersecting identities as a tool to determine how discrimination may be experienced in unique ways.

Finally, in the recent discussions surrounding the potential amendment of the *Canadian Human Rights Act*, authors have noted the need for investigators and adjudicators to perceive the particularities of discrimination experienced by, for example, Aboriginal women, Black women, women with disabilities, lesbians and single mothers and have suggested that a revised *Act* should specifically state that:

---

98 Connecting Intersecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences, *supra*, note 11.

99 *Touchstones for Change: Equality, Diversity and Accountability, supra,* note 82 at 12.

100 *Ibid.* at 15.

> *...the purpose of the Act is to address those forms of discrimination that too easily disappear from view because of the compartmentalization of grounds, that is, overlapping forms of discrimination experienced by Aboriginal women, women of colour, immigrant women, women with disabilities, lesbians, single mothers and older women.*[101]

## APPLYING AN INTERSECTIONAL APPROACH

An intersectional analysis based upon a two-pronged approach has been suggested by Professors Aylward, Pothier, and Iyer. It requires a shift from a single ground perspective to an analysis based on the assumption that an individual's experiences are based on multiple identities that can be linked to more than one ground of discrimination. The second component of the two-pronged model requires the analysis to proceed to consider contextual factors, based on the facts of the case. According to Aylward, a contextual analysis means examining the discriminatory stereotypes; the purpose of the legislation, regulation or policy; the nature of and / or situation of the individual at issue, and the social, political and legal history of the person's treatment in society.

An intersectional analysis can be informed by developments in gender equality analysis, critical race analysis, disability rights analysis and equality rights jurisprudence. These strategies have developed to address the stereotypes, as well as the unique and intersecting experiences of individuals, because of race or gender or disability and would form a necessary part of the contextual and analytical framework. An intersectional analysis can become one of the lenses through which the social context of the individual can be examined. In some measure, it can address social conditions relating to poverty, low income and homelessness.

In some cases, grounds such as sex, race, or disability, to name just a few, may intersect and together produce unique effects creating "discreet and insular minorities" who are socially handicapped because of these characteristics. At other times, any one of these characteristics may intersect with other grounds such as social assistance, family status and further link to economic and social and class status to create unique experiences for the individuals that are ignored in the current human rights framework. Even when combined with other grounds such as social assistance and family status, the extent of the discrimination may not be revealed by a traditional, non-intersectional approach.

---

[101] S. Day & G. Brodsky, "Women's Economic Inequality and the *Canadian Human Rights Act*" (Ottawa: Status of Women Canada, October 1999), online: Status of Women Canada <http://www.swc-cfc.gc.ca/research>.

## NEXT STEPS

This paper has explored the need for a more holistic understanding of how people experience discrimination. The Commission has already started applying an intersectional approach to some of the complaints that have come before it. In addition, an intersectional analysis has been added as one of the lenses through which policy work is conducted. An understanding of discrimination as largely a product of the social construction of identity, based on social, historical, political and cultural factors, is informing the Commission's work in all areas. The Commission's new framework for protecting the rights of persons with disabilities, as set out in its *Policy and Guidelines on Disability and the Duty to Accommodate*, is an example of this.

The Commission has an opportunity to build on the work that has been done to date by searching for more concrete ways to implement intersectionality in all aspects of its mandate. This paper represents the first phase of this effort. It has endeavoured to review human rights and *Charter* cases as well as literature with a view to analyzing shortcomings where an intersectional analysis has not been applied. It outlines positive developments that can guide the Commission in the application of an intersectional approach. It is a starting point to stimulate further discussion of how the Commission can operationalize an intersectional approach.

The next step is to involve all areas of the Commission as well as outside expertise in a process of consultation. The Commission would therefore invite comment on this Discussion Paper and, in particular, on practical ways in which an intersectional approach can be applied in all areas of the Commission's work including: intake and drafting of complaints, mediation, investigation, litigation and policy and education. Written submissions will be accepted until **October 31, 2002** and may be sent to:

**Ontario Human Rights Commission**
**Intersectionality Consultation**
**Policy and Education Branch**
**180 Dundas Street West, 7th Floor**
**Toronto, Ontario**
**M7A 2R9**

**Fax: (416) 314-4533**

**E-mail: info@ohrc.on.ca**

Ontario Human Rights Commission

Commission ontarienne des droits de la personne

# APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION

pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples

Document de travail

Commission ontarienne des droits de la personne

**ISBN – 0-7794-3002-6**
**Approuvée par la Commission :** le 9 octobre 2001
**Aussi disponible sur l'Internet :** http://www.ohrc.on.ca
***Available in English***

**Préparé par la Direction des politiques et de l'éducation**

# APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION
## pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples

**Document de travail**

## TABLE DES MATIÈRES

PRÉSENTATION DE L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE 3

AUTRES FAÇONS D'ABORDER LES MOTIFS MULTIPLES 7

*Plaintes relatives aux droits de la personne et déposées en vertu de la* Charte *8*

*La méthode utilisée par la Commission pour traiter les plaintes 13*

*Jurisprudence des organismes internationaux 16*

VERS UNE APPROCHE INTERSECTIONNELLE 18

*Les motifs multiples dans la jurisprudence sur le droit à l'égalité et les droits de la personne 18*

**Cour suprême du Canada** 18

**Cours et tribunaux** 21

**Réparations** 25

*Recherches universitaires sur les identités à motifs multiples et entrecroisés 28*

COMMENT APPLIQUER L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE 31

PROCHAINES ÉTAPES 33

# APPROCHE INTERSECTIONNELLE DE LA DISCRIMINATION
## pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples

### Document de travail
### Direction des politiques et de l'éducation

> *Nous ne réglerons jamais complètement le problème de la discrimination et nous ne réussirons pas à la démasquer sous toutes ses formes si nous continuons d'insister sur des catégories abstraites et des généralisations plutôt que sur des effets précis. En considérant les motifs de la distinction plutôt que son impact [...], notre analyse risque d'être éloignée et déconnectée des véritables expériences que vivent les gens ordinaires [...] Plus souvent qu'autrement, le désavantage naît de la façon dont la société traite les individus plutôt que de toute caractéristique qui leur est inhérente*[1].

Au Canada, à mesure qu'évolue ce que l'on entend par droits de la personne, la tendance est à une approche de plus en plus « contextualisée » de la discrimination. Une approche « contextualisée » insiste moins sur les caractéristiques de la personne et davantage sur la façon dont la société la traite. Elle prend également en compte les préjudices dont le groupe auquel la personne appartient a été victime au cours de l'histoire. Un exemple récent et frappant de ce phénomène est la décision prise à l'issue de l'affaire *Mercier*[2] dans laquelle la Cour suprême du Canada a jugé que la détermination de ce qui constitue un handicap devrait être fondée sur le fait que la personne a vécu ou non l'expérience du « phénomène social du handicap », plutôt que sur la considération des restrictions ou des conditions biomédicales. Les initiatives de recherche et les politiques récentes de la Commission ontarienne des droits de la personne (la « Commission ») témoignent également d'une tendance vers une analyse de la discrimination qui tient compte de la réalité vécue par les gens et du contexte social de l'acte discriminatoire[3]. Dans le secteur du mandat de la Commission portant sur la conformité, la décision de la Commission d'enquête de l'Ontario dans l'affaire *Kearney* c. *Bramalea Ltd. (N° 2)*[4] démontre qu'une telle analyse peut être utilisée avec succès, et l'affaire a été jugée comme très importante pour les droits à l'égalité au Canada.

Le présent document s'appuie sur le travail que la Commission a déjà effectué pour faire apparaître tout ce qu'il y a de complexe dans la façon dont l'acte discriminatoire est vécu par les gens. Le document propose un cadre qui permettra

---

1 *Egan* c. *Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 551-552 [ci-après *Egan*].

2 *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. p. 665 [ci-après *Mercier*].

3 Voir Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement* (mars 2001) et la section sur l'âgisme dans *Il est temps d'agir : Faire respecter les droits des personnes âgées en Ontario* (juin 2001), en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <http://www.ohrc.on.ca>.

4 *Infra* note 57.

d'utiliser une approche contextualisée pour analyser la discrimination lorsque les plaintes sont fondées sur des motifs multiples. C'est cette approche contextualisée que l'on appelle « approche intersectionnelle de la discrimination[5] ». Le présent document montre combien il est important de s'efforcer d'appliquer régulièrement une approche intersectionnelle dans tous les secteurs du travail de la Commission. Dans ce contexte, il passe en revue la jurisprudence en matière de droits à l'égalité et de droits de la personne, les dernières recherches et les derniers commentaires universitaires sur les motifs d'analyse multiples et entrecroisés et la façon dont la Commission traite actuellement les plaintes fondées sur plus d'un motif.

Le document de travail est l'un des points de départ d'un processus qui mettra en cause tous les secteurs de la Commission ainsi que les experts de l'extérieur. Il est conçu de manière à stimuler la discussion sur la façon dont la Commission peut utiliser plus officiellement une approche intersectionnelle dans tous les secteurs de son travail sur la discrimination, y compris l'élaboration des politiques, la conformité et le traitement des plaintes. On espère qu'à l'issue de vastes consultations, la Commission sera en mesure d'utiliser une approche contextuelle plus complète de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples et entrecroisés.

## PRÉSENTATION DE L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE

Une plainte relative aux droits de la personne ou une affaire relative aux droits à l'égalité qui invoque plusieurs motifs de discrimination peuvent être traitées de différentes façons. L'analyse de la plainte ne sera pas la même suivant l'approche choisie, et il y a des chances pour que cette approche ait également un effet sur le résultat.

Dans la plupart des cas, il est préférable d'utiliser une approche intersectionnelle pour traiter les plaintes fondées sur des motifs multiples. Le terme « intersectionnel » a été défini comme désignant une « oppression intersectionnelle issue de la combinaison de diverses oppressions qui, ensemble, produisent quelque chose d'unique et de différent de toute forme de discrimination individuelle[6]... » L'approche intersectionnelle tient compte du contexte historique, social et politique, et reconnaît le caractère unique de l'expérience vécue en conséquence de l'intersection de tous les motifs pertinents[7]. Elle permet de reconnaître l'expérience particulière de discrimination due à la confluence des motifs en cause et d'y remédier.

---

5 Dans le contexte du handicap, une approche contextualisée de la discrimination a souvent été désignée par l'expression « handicap social ».

6 M. Eaton, « Patently Confused, Complex Inequality and *Canada v. Mossop* », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 1 (1994), p. 203 à 229.

7 C. A. Aylward, « Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide » (document distribué lors la conférence nationale sur les droits à l'égalité intitulée « Transformer l'avenir des femmes : Droits à l'égalité dans le nouveau centenaire » et présentée par le FAEJ de la côte Ouest, 4 novembre 1999) [inédit].

Plusieurs exemples permettent d'illustrer le caractère particulier de l'expérience de discrimination fondée sur le contexte historique, politique et social, et sur l'intersection, ou le recoupement, des motifs.

- Dans bien des cas, l'expérience de la discrimination vécue par les femmes membres d'une minorité raciale est complètement différente de celle des hommes membres d'une telle minorité ou même des femmes en général. De même, les hommes appartenant à une minorité raciale ne ressentent pas nécessairement la discrimination de la même façon que les hommes appartenant au groupe dominant ni même que les femmes de la même culture. Cela vient du fait que les groupes sont souvent victimes de formes particulières de stéréotypes ou d'obstacles fondés sur une combinaison de motifs liés à la race et au sexe. C'est cela qu'une approche intersectionnelle permet de reconnaître.
- Une personne qui pratique une religion particulière peut faire l'objet de discrimination religieuse uniquement si elle est identifiée par d'autres motifs comme la race, la couleur ou l'origine ethnique, ou elle peut ressentir la discrimination d'une façon différente de ses coreligionnaires suivant la relation entre sa religion et un autre motif. Le sexe peut aussi avoir un impact sur la discrimination religieuse.
- Les femmes ont tendance à faire plus souvent l'objet de harcèlement sexuel si elles sont plus vulnérables à cause d'un autre aspect de leur expérience, comme leur arrivée récente au Canada.
- Les personnes avec un handicap peuvent se heurter à des obstacles particuliers lorsqu'elles sont identifiées par d'autres motifs. Par exemple, lors des consultations organisées par la Commission sur la discrimination fondée sur l'âge, il a été dit que, pour les personnes handicapées, le vieillissement peut être lourd de conséquences ou créer une double discrimination. En effet, les statistiques confirment les désavantages particuliers dont souffrent les aînés invalides[8]. De même, les recherches indiquent que les personnes avec un handicap et les personnes qui sont membres de groupes identifiés par leur race courent davantage de risques d'être sans emploi ou sous-employées[9]. C'est ainsi que les membres des groupes identifiés par leur race peuvent subir un double désavantage. Les problèmes des Autochtones handicapés ne sont pas différents de ceux des autres personnes handicapées, mais ils sont aggravés par les questions relatives aux divers champs de

---

[8] Voir *Il est temps d'agir : Faire respecter les droits des personnes âgées en Ontario, supra* note 3.

[9] Par exemple, *À l'unisson : Une approche canadienne concernant les personnes handicapées : Document d'orientation* (ministres fédéral, provinciaux et territoriaux responsables des services sociaux, 1998) note que « les taux d'emploi et d'activité des personnes handicapées sont inférieurs à ceux des personnes non handicapées » (à la p. 36). De même, la Fondation canadienne des relations raciales, dans *Inégalité d'accès : profil des différences entre les groupes ethnoculturels canadiens dans les domaines de l'emploi, du revenu et de l'éducation* (préparé par la Fondation canadienne des relations raciales pour le Conseil canadien de développement social, 2000) décrit les obstacles à l'emploi auxquels font face les groupes identifiés par leur race.

compétence gouvernementaux qui sont à l'origine du manque de services offerts aux Autochtones handicapés dans les réserves et des difficultés d'accès aux services pour ceux qui vivent à l'extérieur[10]. Les preuves indiquent également que les femmes avec un handicap souffrent d'un désavantage supplémentaire par suite de l'intersection du handicap et du sexe[11].

- La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peut être ressentie différemment par les hommes gais et les lesbiennes en conséquence des stéréotypes sur la sexualité et les relations intimes. De plus, la *Politique sur la discrimination liée au VIH et au SIDA*[12] de la Commission reconnaît que cette fausse idée que le sida est une « maladie d'homosexuels » peut avoir un effet disproportionné sur les hommes gais et donner lieu à une discrimination fondée à la fois sur l'orientation sexuelle et le handicap perçu[13].

Ce ne sont là que quelques exemples de la complexité de l'expérience de la discrimination telle qu'elle est vécue lorsque des motifs multiples entrent en jeu. Bien d'autres ont émané du travail sur les politiques de la Commission et des plaintes dont elle est saisie. On trouvera des exemples supplémentaires tout au long du présent document et il en émergera d'autres à mesure que la Commission approfondira son analyse du caractère intersectionnel d'un grand nombre de plaintes.

L'utilisation d'une approche intersectionnelle ou contextualisée de la discrimination fondée sur des motifs multiples présente de nombreux avantages. Elle permet de reconnaître la complexité de la façon dont les personnes ressentent la discrimination, de tenir compte du fait que l'expérience de discrimination peut avoir un caractère unique et de prendre en considération le contexte social et historique du groupe. L'approche intersectionnelle met l'accent sur la façon dont la société traite la personne en conséquence de la confluence des motifs et n'exige pas d'elle qu'elle se moule dans un compartiment ou une catégorie rigide. Elle répond au fait que la discrimination a évolué et qu'elle a tendance à être moins ouverte et plus subtile, et à s'exprimer à de multiples niveaux, systémiques, environnementaux et institutionnels. L'honorable juge L'Heureux-Dubé a résumé de la façon suivante les avantages de cette façon de procéder :

---

10 *À l'unisson : Une approche canadienne concernant les personnes handicapées : Document d'orientation, ibid.*, p. 39.

11 « Les femmes handicapées assument une part disproportionnée du travail domestique au foyer, ce qui constitue un obstacle important à leur participation au marché du travail et contribue au niveau de pauvreté accru de plusieurs d'entre elles », *ibid.*, p. 36. Voir également D. Pothier, « Connecting Intersecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (document distribué lors de la conférence nationale sur les droits à l'égalité intitulée « Transformer l'avenir des femmes : Droits à l'égalité dans le nouveau centenaire » présentée par le FAEJ de la côte Ouest, 4 novembre 1999) [inédit].

12 (Janvier 2000), en ligne : Commission ontarienne des droits de la personne <http://www.ohrc.on.ca>.

13 Voir, par exemple, *Moffat* c. *Kinark Child and Family Services (N° 4)* (1998), 35 C.H.R.R. D/205 (Comm. d'enquête de l'Ont.).

> *[...] il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires, et [...] certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d'actes discriminatoires. La situation de personnes qui sont victimes d'actes discriminatoires multiples est particulièrement complexe [...] Classer ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes*[14].

Bien qu'une analyse intersectionnelle puisse s'appliquer à toutes les combinaisons de motifs, elle présente des avantages particuliers pour les causes liées à la race. C'est ainsi que la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, qui s'est tenue en 2001 en Afrique du Sud, a souligné qu'il était important de reconnaître la façon dont se recoupent des formes multiples de discrimination[15]. De plus, ce peut être une stratégie utile de lier les motifs de discrimination à l'environnement social, économique, politique et légal qui contribue à l'acte discriminatoire. Une analyse contextuelle pourrait inclure des circonstances (comme le sous-emploi ou le chômage, la pauvreté ou la clochardise) qui ne sont peut-être pas couvertes directement par le *Code des droits de la personne* de l'Ontario (le « *Code* »), mais qui se traduisent, néanmoins, par des niveaux élevés de désavantage pour les populations vulnérables. Enfin, elle pourrait être utilisée pour inclure dans le champ d'application du *Code* les protections des droits de la personne prévues dans les conventions internationales.

Beaucoup de chercheurs et de porte-parole ont avancé que le traitement des plaintes relatives aux droits de la personne devrait tenir compte du fait que les êtres ont des identités multiples et que ces identités façonnent l'expérience qu'ils font de la discrimination. Au sein de la Commission, nous reconnaissons de plus en plus que nous comprenons mieux la force de l'impact produit lorsque des motifs de discrimination se chevauchent, et que les instruments d'application d'une analyse intersectionnelle s'avéreront très utiles dans le traitement des plaintes – de l'enquête à la poursuite – et dans notre travail sur les politiques. Comme les organismes de défense des droits de la personne et les cours du Canada n'ont

---

[14] La juge L'Heureux-Dubé, écrivant au nom de la minorité dans l'affaire *Canada (Procureur général)* c. *Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 645 et 646 [ci-après *Mossop*].

[15] Par exemple, dans un discours d'ouverture, Mary Robinson, la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et Secrétaire-générale de la Conférence mondiale contre le racisme, a déclaré :

> *Je sais que vous êtes également conscient de la façon dont peuvent se recouper des formes multiples de discrimination – comment le sexe s'ajoute à la race, comment l'orientation sexuelle s'ajoute à la race, comment la pauvreté s'ajoute à la race. C'est une dimension à laquelle cette conférence accorde l'attention particulière qu'elle mérite.* [en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <http://www.unhchr.ch/french/hchr_un_fr.htm> (date d'accès : 27 septembre 2001)].

guère avancé dans ce domaine, l'établissement d'un cadre d'analyse intersectionnelle pourrait marquer l'orée d'une ère nouvelle.

## AUTRES FAÇONS D'ABORDER LES MOTIFS MULTIPLES

Comme indiqué ci-dessus, l'approche intersectionnelle est la méthode préférée pour le traitement des plaintes et des causes qui invoquent des motifs multiples. D'autres méthodes sont cependant appliquées à cet égard par les organismes de défense des droits de la personne, les tribunaux et des organisations internationales comme l'Organisation des Nations Unies (« ONU »). Parfois, les motifs sont examinés l'un après l'autre pour voir si chacun incite à conclure à un acte discriminatoire. D'autres fois, on procède à un choix stratégique pour décider sur quels faits probatoires fonder la plainte, et les autres motifs ne sont pas du tout pris en considération[16]. La décision d'éliminer un autre motif peut venir du fait qu'il est difficile à prouver ou que la jurisprudence n'est pas bien établie dans ce domaine. Qu'il s'agisse de l'une ou l'autre approche, l'accent est mis sur un seul motif.

Il arrive aussi qu'un motif soit jugé aggraver la discrimination fondée sur un autre motif, ce qui alourdit le fardeau général de l'inégalité[17]. Par exemple, dans un contexte où toutes les femmes font l'expérience de la discrimination et qu'il en est de même de toutes les personnes avec un handicap, le désavantage est aggravé pour les femmes avec un handicap. On pourrait prendre l'exemple de l'examen physique obligatoire avant une offre d'emploi. Si l'examen a pour effet d'éliminer les femmes de façon disproportionnée et que son impact sur les personnes avec un handicap est également disproportionné, une femme avec un handicap fera face à un fardeau accumulé, et donc a une discrimination aggravée. Cette approche diffère de l'approche intersectionnelle parce qu'elle ajoute simplement une forme de discrimination à une autre sans reconnaître qu'en fait, cela produit quelque chose de différent. De plus, elle n'intègre pas d'analyse contextuelle qui

---

16 Pour comprendre pourquoi une appelante ou un appelant peut choisir de présenter sa cause comme une forme de discrimination fondée sur le sexe plutôt que sur la race, voir E. Carasco, « A Case of Double Jeopardy: Race and Gender », *Revue Femmes et droit*, vol. 6 (1993), p. 142. La professeure Carasco note combien il est difficile de dégager et de prouver ce qui est à l'origine du comportement discriminatoire.

> *Dans mon cas, il a été possible de prouver qu'il y avait discrimination systémique fondée sur le sexe grâce aux recherches et aux statistiques sur les femmes dans les universités canadiennes. Il aurait été beaucoup plus difficile de prouver qu'il y avait discrimination fondée sur une combinaison de race et de sexe, simplement à cause de la rareté des femmes de couleur dans les universités canadiennes et du manque correspondant de données sur les salaires. La question de savoir pourquoi il y a si peu de femmes de couleur dans les facultés de droit est une toute autre histoire. Femme de couleur moi-même, je ne pouvais pas m'empêcher de me demander s'il était effectivement nécessaire de prouver que d'autres femmes de couleur avaient été traitées de la même façon avant que la discrimination en ce qui me concernait puisse être reconnue.* [p. 152] [Traduction]

17 Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide, *supra* note 7.

examine la façon dont la société traite la personne en conséquence de la combinaison des motifs de discrimination.

Un examen des arrêts rendus à travers le Canada dans le domaine des droits de la personne, des affaires relevant de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte* »), et même des plaintes et des instruments internationaux révèle qu'à l'heure actuelle, la façon la plus courante de traiter les plaintes de discrimination est de s'en tenir à un seul motif. Les modèles courants de traitement des plaintes relatives à l'égalité et aux droits de la personne s'appuient sur des principes généraux, pour prouver la discrimination et y remédier, qui ne tiennent pas toujours compte de la situation particulière de la personne ni du contexte social de l'acte discriminatoire.

L'approche actuelle est due à différents facteurs. Les lois sur les droits de la personne visent maintenant les expressions manifestes de discrimination dans les sphères publiques. C'est le climat social, légal et politique du temps qui a modelé la façon dont les lois ont été élaborées et appliquées. Un autre facteur est l'évolution à travers l'histoire des lois sur les droits de la personne et de l'interprétation donnée à ces droits. Les lois sur les droits de la personne étaient fondées à l'origine sur la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies, qui mettait l'accent sur les droits civils et politiques aux dépens des droits économiques, sociaux et culturels, et ne reconnaissait pas explicitement la possibilité de chevauchement des motifs. D'aucuns soutiennent que l'approche actuelle est informée par des philosophies et des idéologies politiques comme le libéralisme où le « sujet » est vu comme indépendant, unitaire, cohérent et fixe[18].

Les sections qui suivent sont consacrées à l'analyse d'affaires de discrimination fondée sur des motifs multiples. On y examine des plaintes en vertu de la *Charte*, des plaintes relatives aux droits de la personne et des plaintes relevant d'instruments internationaux qui n'ont pas fait l'objet d'une approche intersectionnelle, et dont les résultats ne sont pas sans poser problème. Par contraste et pour illustrer comment une approche intersectionnelle peut et doit être utilisée, on y présente également des affaires qui ont été traitées d'une façon plus contextualisée et où l'intersection des motifs a été reconnue.

### *Plaintes relatives aux droits de la personne et déposées en vertu de la* Charte

L'article 15 de la *Charte* garantit le droit à l'égalité et dresse une liste de motifs « énumérés », à savoir les discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. En outre, si les affaires s'y prêtent, les tribunaux peuvent reconnaître des motifs « analogues » de discrimination. À l'exception du *Code des droits de la personne* du Manitoba, les lois sur les droits de la personne du Canada

[18] Voir D. Kropp, « 'Categorial' Failure: Canada's Equality Jurisprudence – Changing Notions of Identity and the Legal Subject », *Queen's Law Journal*, vol. 23 (1997), p. 201, en ligne : QL.

contiennent une liste où sont énumérés les motifs de discrimination qui ne confèrent pas le pouvoir d'en reconnaître d'autres.

Certains chercheurs ont critiqué l'importance accordée aux motifs énumérés et analogues dans les causes relatives aux droits de la personne ou présentées en vertu de la *Charte* pour deux raisons principales. La première tient au fait « qu'avec une telle vue limitée de l'identité, les personnes qui ne sont pas capables de s'ajuster ou de se caricaturer pour correspondre à l'une des catégories énumérées passent à travers les mailles du filet que représentent les lois du Canada sur l'égalité et la non-discrimination[19] ». La seconde concerne les situations où il y a suffisamment de preuves pour conclure à un acte discriminatoire fondé sur l'un des motifs, mais où l'importance accordée uniquement à ce motif est injuste par rapport aux réalités vécues par la victime de l'acte discriminatoire. Il y a alors injustice non seulement parce qu'on ne comprend pas la nature complexe de la discrimination, mais parce qu'on risque de ne pas appliquer à la victime le remède approprié.

On cite souvent en exemple une affaire où une approche fondée sur un seul motif a entraîné le rejet complet d'une plainte de discrimination dans une décision majoritaire de la Cour suprême du Canada, l'affaire *Mossop*[20]. La majorité de la Cour a été critiquée pour avoir donné la préférence à la catégorisation qui était la moins problématique, à savoir que la plainte de discrimination de M. Mossop, à qui on a refusé un congé de deuil pour assister aux funérailles du père de son partenaire du même sexe, était fondée sur l'orientation sexuelle et non sur la situation de famille[21]. La décision majoritaire partait du principe que les motifs de discrimination fondés sur la « situation de famille » et l'« orientation sexuelle » s'excluaient mutuellement. Comme la majorité a caractérisé la plainte comme fondée sur l'orientation sexuelle et que, à l'époque, l'orientation sexuelle n'était pas un motif de distinction illicite dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la plainte de M. Mossop a été rejetée bien qu'il ait fait l'objet d'un traitement clairement différentiel.

D'autres causes sont passées à travers les mailles du filet en ce sens que la discrimination a été reconnue comme fondée sur un seul motif d'une façon qui ne tenait pas compte de la complexité de l'expérience du plaignant ou de la plaignante. Une auteure a examiné les décisions relatives à la discrimination fondée sur la race et sur le sexe rapportées dans le *Canadian Human Rights Reporter* entre 1980 et 1989 pour chercher à découvrir comment les tribunaux canadiens des droits de la personne réagissent aux plaintes de discrimination portées par les femmes membres d'une minorité raciale[22]. La première

---

19 *Ibid.*, au par. 1.

20 *Supra* note 14.

21 Voir, par exemple, J. Freeman, « Defining Family in *Mossop v. DSS:* The Challenge of Anti-Essentialism and Interactive Discrimination for Human Rights Legislation », *U.T.L.J.*, vol. 44 (1994), p. 41 et Patently Confused: Complex Inequality and *Canada v. Mossop*, *supra* note 6.

22 N. Duclos, « Disappearing Women: Racial Minority Women in Human Rights Cases », *Revue Femmes et droit*, vol. 6 (1993), p. 25 [ci-après « Disappearing Women »].

constatation était qu'il était très difficile de trouver des affaires faisant référence à des femmes membres d'une minorité raciale. L'effet produit était que les femmes membres d'une minorité raciale et leurs expériences uniques de discrimination semblaient « disparaître ». De plus, quand on trouvait des affaires mettant en cause des femmes membres d'une minorité raciale, les décisions des tribunaux ne tenaient pas compte du fait que ces femmes pouvaient être différentes des femmes appartenant à la majorité raciale ou des hommes appartenant à des minorités raciales. En d'autres termes, les affaires déformaient les expériences réelles des femmes en classant ce qui leur était arrivé dans la même catégorie que ce qui serait arrivé à des « femmes sans race ou membres d'une minorité raciale où les sexes n'auraient pas existé[23] ».

La majeure partie des publications savantes disponibles sur le recoupement du sexe avec d'autres motifs s'attachent à l'expérience des femmes. Il est évident, comme l'illustrent les exemples cités tout au long de ce document de travail, que, pour beaucoup d'hommes, le recoupement du sexe avec un autre motif de discrimination produit une expérience de discrimination particulière.

Beaucoup d'affaires relatives à la discrimination et au harcèlement auxquelles l'approche intersectionnelle n'est pas appliquée présentent un problème commun, car elles ne tiennent pas compte du fait que les stéréotypes issus de combinaisons particulières de race et de sexe donnent souvent lieu à des traitements discriminatoires. Les affaires relatives au harcèlement sexuel ont tendance à partir du principe que la race, l'origine ethnique et l'ascendance de l'auteur du harcèlement et de la plaignante n'ont pas d'importance. Cependant, il y a des stéréotypes sur la sexualité des femmes fondés sur leur race, leur origine ethnique, leur ascendance ou leur lieu d'origine. Dans une affaire où une femme noire était harcelée sexuellement par son employeur, les preuves ont révélé qu'il lui avait dit que « c'est comme ça que les Noires gagnent leur vie, en suçant les hommes », et la Commission a même noté que l'intimé avait fait « de nombreuses références à la couleur de la plaignante » lorsqu'il avait été appelé à la barre. Or, l'enquête n'a pas tenu sérieusement compte du fait que la plaignante avait été traitée de cette façon parce que c'était une jeune femme noire, et n'a pas conclu à un acte discriminatoire fondé sur la race[24]. Dans les affaires de harcèlement sexuel, des facteurs comme l'âge, l'état matrimonial et l'orientation sexuelle peuvent également être pertinents[25].

Dans une autre affaire, où il s'agissait du harcèlement sexuel de travailleuses d'usine par leur contremaître, la commission d'enquête a suggéré que le harcèlement sexuel était exacerbé par les caractéristiques ethniques et

---

23 *Ibid.*, *p.* 30.

24 *Cuff* c. *Gypsy Restaurant and Abi-ad* (1987), 8 C.H.R.R. D/3972 (Comm. d'enquête de l'Ont.) telle qu'elle est présentée dans Disappearing Women, *ibid.*, p. 34 et 35.

25 Pour une affaire de harcèlement sexuel où l'orientation sexuelle de la plaignante était un facteur de son expérience, voir *Crozier* c. *Asselstine* (1994), 22 C.H.R.R. D/244 (Comm. d'enquête de l'Ont.).

linguistiques des plaignantes, ainsi que par leur lieu d'origine et leur statut d'immigrantes.

> *Il est clair que M. DeFilippis a tenté d'intimider et de manipuler les travailleuses qu'il désirait sexuellement. Il était dans une position, et il le savait, qui lui permettait de recruter des travailleuses immigrantes très dépendantes (des femmes qui avaient un très grand besoin de travailler, ne parlaient pas anglais et n'étaient pas capables de bien s'exprimer, et qui semblaient peut-être, à cause de leurs antécédents culturels, se soumettre plus facilement à l'autorité masculine) dont il pouvait abuser sexuellement*[26]. [Traduction]

La commission d'enquête a au moins reconnu que ce dont les plaignantes avaient fait l'expérience n'était pas seulement un produit de leur sexe, mais était dû à d'autres motifs. Cependant, elle n'a pas conclu à une discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine ou l'origine ethnique. Et ces motifs n'ont pas été mentionnés comme des facteurs d'exacerbation lors de la détermination de la réparation appropriée[27].

Dans une approche axée sur un seul motif, la décision stratégique concernant le motif auquel associer les preuves est souvent fondée sur le choix du motif le moins « désagréable ». Plusieurs auteurs ont noté que cela a souvent pour effet de supprimer la race. Par exemple, dans *Alexander* c. *Colombie-Britannique*[28], on avait refusé de servir, dans un magasin d'alcools, une femme appartenant à une Première nation, partiellement aveugle et présentant une insuffisance motrice qui avait un effet sur sa démarche et son langage, parce que le gérant du magasin pensait qu'elle était ivre. Bien qu'elle ait affirmé que l'acte discriminatoire était fondé sur sa race, sa couleur, ses antécédents et son handicap physique, le tribunal a caractérisé l'attitude du gérant qui refusait de croire ce qu'elle lui disait à propos de son handicap comme un acte discriminatoire fondé sur le handicap seulement, et n'a pas examiné si les stéréotypes concernant les femmes autochtones entraient en jeu.

Une autre critique courante est que « la conception de la race dans la loi est tellement affaiblie qu'elle ne semble pas saisir les différences entre les groupes raciaux[29] ». Les personnes qui ne sont pas membres du groupe dominant ont tendance à être considérées comme une catégorie homogène de « non-blancs », « minorité raciale » ou « minorité visible ». Toutes les personnes de ce groupe sont traitées comme si elles étaient les mêmes, et les stéréotypes particuliers ou les formes particulières de désavantage qui peuvent être ressentis par différentes

---

[26] *Olarte* c. *DeFilippis and Commodore Business Machines Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705 (Comm. d'enquête de l'Ont.) [ci-après *Olarte*].

[27] Chaque plaignante a reçu des dommages-intérêts généraux allant de 1 500 $ à 4 000 $ plus des intérêts et une compensation pour le salaire perdu, soit une indemnisation totale de 21 000 $. On trouvera une discussion plus détaillée des remèdes dans la section **Vers une approche intersectionnelle**.

[28] Disappearing Women, *supra* note 22, p. 45.

[29] Disappearing Women, *supra* note 22, p. 43.

personnes en fonction de leur identité particulière ne sont pas reconnus. Par exemple, dans *Wattley* c. *Quail*[30], un appartement n'avait pas été loué à un homme noir. L'intimée a allégué en preuve que le locataire devait être « une personne qui était compatible avec elle parce qu'elle vivait seule et qu'elle voulait une personne avec qui elle se sente à l'aise et en sécurité[31] ». La preuve a été avancée par une autre locataire, une femme en provenance de l'Asie de l'Est, que l'intimée n'était pas raciste parce qu'elle lui avait loué un appartement. Or, cela ne tenait pas compte du fait que l'intimée pouvait entretenir des stéréotypes au sujet des hommes noirs et qu'elle pouvait avoir une opinion très différente du plaignant fondée sur son sexe et sur sa race. Dans ce cas, la preuve fournie par l'autre locataire ne suffisait pas à faire échouer la plainte. L'affaire démontre que la preuve qu'une intimée ou un intimé ne s'est pas conduit(e) de façon discriminatoire à l'égard d'autres personnes d'origine raciale différente doit être utilisée avec circonspection parce qu'elle peut entraîner le rejet d'une plainte dont l'auteur a pu avoir fait une expérience particulière de discrimination en conséquence de son identité particulière.

Le regroupement en une seule catégorie de différents groupes identifiés par leur race pose un autre problème, à savoir la tendance à partir du principe que seuls les membres du groupe dominant peuvent se conduire de façon discriminatoire et que les membres des minorités raciales ne peuvent pas faire montre de discrimination les uns envers les autres[32]. Le travail à venir sur l'élaboration de politiques concernant l'ethnicité et l'origine raciale permettra d'analyser plus en détail l'expérience de la discrimination raciale.

Une autre preuve encore des difficultés éprouvées lorsqu'on cherche à saisir les différences est la tendance à traiter la race, la couleur, l'origine ethnique, l'ascendance et le lieu d'origine comme une seule catégorie. Cette façon de procéder ne tient pas compte du fait qu'il s'agit de motifs différents qui peuvent se chevaucher pour produire une expérience qualitativement différente pour les personnes auxquelles ils s'appliquent. Par exemple, un rapport récent de la Fondation canadienne des relations raciales conclut qu'au sein des groupes identifiés par leur race, des personnes nées à l'étranger font face à un désavantage encore plus grand dans le secteur de l'emploi[33].

Il est important de noter que, bien que les discussions sur les recoupements intersectionnels dans les publications savantes s'attachent souvent au chevauchement de la race avec d'autres motifs, particulièrement le sexe, la notion est applicable à toutes les formes de discrimination fondées sur des motifs multiples. Les approches axées sur un seul motif ont donné des résultats incorrects parce qu'elles n'ont pas reconnu la complexité de la discrimination dans

---

30 (1988), 9 C.H.R.R. D/5386 (BCCHR).

31 *Ibid.*, p. D/5387.

32 Disappearing Women, *supra* note 22, p. 43.

33 *Inégalité d'accès : profil des différences entre les groupes ethnoculturels canadiens dans les domaines de l'emploi, du revenu et de l'éducation, supra* note 9.

les affaires fondées sur une combinaison de n'importe quels motifs, notamment les motifs liés à la race, à l'âge, au handicap, à l'orientation sexuelle, à la croyance et au sexe. Si l'on veut faire une analyse correcte, quelle que soit la combinaison des motifs, il est donc nécessaire d'utiliser une approche intersectionnelle.

### *La méthode utilisée par la Commission pour traiter les plaintes*

Les statistiques sur les plaintes dont la Commission ontarienne des droits de la personne a été saisie entre avril 1997 et décembre 2000 indiquent que 48 % des plaintes étaient fondées sur plus d'un motif alors que 52 % ne citaient qu'un seul motif de discrimination.

**Tableau 1**

**Nombre de plaintes avec plus d'un motif**

| Nombre total des plaintes déposées par motif | Race* | Âge | Handicap | Sexe | État d'assisté social |
|---|---|---|---|---|---|
| | **4 140** | **868** | **3 303** | **2 522** | **161** |
| **Nombre de plaintes avec plus d'un motif** | | | | | |
| **Race** | | 190 | 221 | 285 | 41 |
| **Âge** | 190 | | 134 | 131 | 33 |
| **Handicap** | 221 | 134 | | 237 | 38 |
| **Sexe** | 285 | 131 | 237 | | 40 |
| **État d'assisté social** | 41 | 33 | 38 | 40 | |
| **Total** | **737** | **488** | **630** | **693** | **152** |

* Les données sur la race comprennent les motifs fondés sur la couleur et le lieu d'origine[34].

Cinquante-six pour cent (56 %) des plaintes fondées sur l'âge comprenaient d'autres motifs; 19 % des plaintes fondées sur un handicap comprenaient des motifs multiples; 27 % des plaintes fondées sur le sexe comprenaient des motifs multiples; 94 % des plaintes fondées sur l'état d'assisté social comprenaient d'autres motifs[35]. Sur toutes les plaintes déposées, 18 % des plaintes liées à la « race » comprenaient plus d'un motif. Malheureusement, comme la race a été traitée dans le passé comme recouvrant des motifs tels que la couleur et le lieu d'origine, ce chiffre ne reflète peut-être pas de façon exacte la complexité des plaintes liées à la race dont la Commission a été saisie.

---

[34] La tendance de la Commission à établir un lien entre le lieu d'origine et des motifs comme la race, la couleur et l'origine ethnique sera examinée de plus près lors des travaux à venir sur l'élaboration de politiques sur la race, l'ethnicité et l'origine.

[35] Le chiffre concernant le motif d'assisté social n'est pas surprenant compte tenu du rapport entre le désavantage socio-économique et les autres motifs énumérés dans le *Code*. Le document de recherche de la Commission intitulé *Human Rights Commissions and Economic and Social Rights* (février 2000) [inédit] insiste en détail sur le rapport entre la pauvreté et l'appartenance à un groupe défini par des caractéristiques comme le sexe, l'âge, l'état familial et matrimonial, un handicap, la race, l'ascendance, le lieu d'origine et la citoyenneté.

L'approche utilisée par les cours et les tribunaux pour traiter des affaires comme celles qui sont décrites ci-dessus devient plus difficile à appliquer dans le cas des affaires qui relèvent des politiques et des procédures relatives aux droits de la personne. Lorsque des décideurs aussi importants que la Cour suprême ont du mal à procéder à une analyse des motifs multiples, rien de surprenant à ce que les commissions des droits de la personne éprouvent des difficultés. En même temps, lorsque les commissions établissent qu'il y a suffisamment de preuves pour poursuivre un motif particulier et ne pas tenir compte des autres, l'affaire a tendance à être présentée de cette façon au tribunal par l'avocate ou l'avocat de la commission et sera vraisemblablement jugée à partir de ce motif seulement[36]. C'est ainsi que peut se créer un cercle vicieux où les commissions des droits de la personne et les décideurs contribuent chacun à perpétuer l'utilisation d'une approche axée sur un seul motif.

Lorsqu'ils déposent leur plainte, les plaignants sont invités à nommer les motifs pour lesquels ils pensent avoir fait l'objet de discrimination ou de harcèlement. Certains indiquent tous les motifs qu'ils estiment avoir contribué à l'acte discriminatoire alors que d'autres ne se rendent pas toujours compte qu'un autre motif était en jeu. Lorsque ce motif apparaît par la suite, habituellement au cours d'une enquête, il est parfois trop tard à moins que la plainte ne soit immédiatement modifiée. L'impartialité de la procédure peut être remise en cause s'il y a un changement dans la nature de l'affaire à laquelle l'intimée ou l'intimé doit répondre. Le délai peut aussi poser problème. Une fois que la plainte est renvoyée devant une commission d'enquête, une partie peut seulement défendre une nouvelle base de responsabilité sans modifier la plainte si cela ne dépend pas de l'établissement de nouvelles allégations concernant des faits dont l'intimée ou l'intimé n'a pas connaissance et dont l'assertion pourrait causer un préjudice[37].

Malheureusement, les *Guidelines and Recommendations for Dealing with Race Cases from Intake to Board of Inquiry* publiées en 1994 par la Commission ne traitent pas de la nécessité de tenir compte de l'intersection de la race et des motifs connexes avec d'autres motifs comme le sexe, un handicap et l'âge, pour n'en nommer que quelques-uns. De même, l'*Enforcement Manual* de la Commission ne fournit pas de directives explicites en ce qui concerne le recoupement des motifs. En pratique, il se peut que tous les motifs mentionnés dans une plainte ne soient pas examinés. L'enquête peut se concentrer sur le motif le plus simple ou le plus évident, les autres n'étant mentionnés qu'en passant, voire pas du tout. Lorsque tous les motifs sont examinés, plutôt que d'appliquer une approche intersectionnelle, chaque motif peut être traité à titre séparé et sans rapport avec les autres. Cela peut aboutir à la conclusion qu'aucun motif n'est appuyé par des preuves suffisantes pour que la cause soit renvoyée à une

---

36 Disappearing Women, *supra* note 22, p. 35.

37 Voir *Vander Schaaf* c. *M & R Property Management Ltd.* (2000), 38 C.H.R.R. D/251 (Comm. d'enquête de l'Ont.), au par. 14 [ci-après *Vander Schaaf*]. Dans cette affaire, la motion de la Commission demandant à modifier la plainte pour ajouter l'« âge » comme motif de discrimination a été rejetée.

commission d'enquête, bien que la personne ait de toute évidence fait l'expérience d'un traitement différentiel. Cela peut aussi amener à des comparaisons incorrectes avec des personnes qui présentent certains des motifs de la plaignante ou du plaignant, sans cependant les présenter tous.

Dans d'autres affaires, une approche intersectionnelle des motifs multiples est appliquée et permet de dresser un tableau exact de l'acte discriminatoire. Par exemple, dans une affaire liée à l'emploi qui mettait en cause un homme noir d'un pays d'Afrique qui avait plusieurs enfants et un handicap non évident, lorsque les motifs étaient examinés séparément, il ne semblait pas y avoir suffisamment de preuves à l'appui de chacun pour justifier le renvoi à une commission d'enquête. Cependant, il y avait suffisamment de preuves que le plaignant faisait l'expérience d'un traitement différentiel pour des motifs liés au C*ode* et non simplement à cause d'un conflit de personnalité ou de son rendement au travail[38]. Si la Commission avait traité chaque motif comme une catégorie séparée sans rapport avec les autres, la cause aurait sans doute été rejetée. Cependant, la Commission a conclu que les incidents qui s'étaient produits démontraient que l'homme avait fait l'objet d'une discrimination fondée sur un chevauchement de motifs. En d'autres termes, une analyse contextuelle a été utilisée qui a permis de prendre en compte l'identité complète du plaignant. La décision ne concernait pas le plaignant comme personne, mais elle portait sur le traitement différentiel dont il avait fait l'objet en conséquence de la confluence des motifs reconnus par le *Code*.

Ce qui peut être dangereux, quand on examine une plainte fondée sur des motifs multiples, c'est de comparer la plaignante ou le plaignant à des personnes qui ne partagent que certaines de ses caractéristiques. Par exemple, dans une cause hypothétique supposant qu'un employeur ait refusé une promotion à une femme avec des enfants à cause d'un « plafond invisible » lié à la présomption que les femmes avec de jeunes enfants ne s'engagent pas suffisamment dans leur carrière, il ne serait pas nécessairement approprié de conclure que, parce que l'employeur compte des femmes parmi ses cadres et a nommé des hommes avec des enfants à des postes de responsabilité, il n'y a pas eu acte discriminatoire. Dans toute la mesure du possible, si des comparaisons doivent être utilisées, elles doivent refléter tous les aspects de l'identité de la plaignante ou du plaignant. Dans l'exemple hypothétique, l'expérience des mères avec de jeunes enfants qui cherchent à obtenir de l'avancement dans l'entreprise serait sans doute l'unique point de comparaison valable. S'il n'y a pas suffisamment de personnes avec qui effectuer des comparaisons, il est parfois préférable de reconnaître la valeur limitée de la comparaison plutôt que d'assimiler la situation de la plaignante ou du plaignant à une autre qui pourrait en fait être très différente parce que les motifs ne sont pas exactement les mêmes. Une analyse intersectionnelle reconnaîtrait que

[38] Il y avait des incidents isolés liés à la race du plaignant, à son handicap et à son état familial. Si l'on examinait chaque motif séparément, il n'y avait peut-être pas suffisamment de preuves pour justifier le renvoi à une commission d'enquête. Or, il apparaissait clairement que le superviseur du client lui en voulait parce que c'était un homme noir d'Afrique qui avait besoin de temps à cause de ses responsabilités familiales et en conséquence de son handicap non évident. C'était donc le recoupement des motifs chez cette personne qui était à l'origine du traitement discriminatoire.

les comparaisons doivent être utilisées avec beaucoup de prudence parce qu'une comparaison incorrecte peut entraîner le rejet d'une cause qui aurait dû faire l'objet d'un règlement.

Même s'il est clair qu'il y a suffisamment de preuves de discrimination fondée sur un seul motif, il peut être approprié d'envisager de renvoyer l'affaire à une commission d'enquête en se fondant sur tous les motifs qui constituent l'identité de la plaignante ou du plaignant ou sur tous les motifs qui pourraient être pertinents. Par exemple, si une femme qui est une immigrante récente se plaint de harcèlement sexuel, il pourrait être également approprié d'ajouter les motifs de lieu d'origine, de citoyenneté et d'origine ethnique pour veiller à ce que la personne chargée de l'enquête et, plus tard, la commission d'enquête puissent examiner si le harcèlement n'est pas lié en partie à la vulnérabilité réelle ou perçue de la femme à titre d'immigrante récente, à une perception de sa sexualité fondée sur son lieu d'origine et ainsi de suite. Le témoignage oral, effectué sous serment et soumis à un contre-interrogatoire, réussira peut-être mieux à dégager des preuves de la complexité de l'expérience de la plaignante ou du plaignant qu'une enquête de la Commission.

***Jurisprudence des organismes internationaux***

Jusqu'à maintenant, les organismes internationaux ont essentiellement utilisé une approche fondée sur un seul motif. Le problème des désavantages multiples et de la discrimination fondée sur plusieurs motifs, en particulier l'expérience des femmes membres d'une minorité, n'a pas été reconnu dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme[39]. Les organismes de surveillance choisissent un aspect donné de la discrimination et ne tiennent généralement pas compte des autres abus simultanés. Ils ne parviennent donc pas à saisir la totalité du problème et des désavantages structuraux dont des groupes comme les femmes membres d'une minorité font l'expérience[40].

Dans une affaire concernant le refus de la Grande-Bretagne d'accorder aux femmes détenant un permis de résidente permanente le droit de faire venir leur conjoint en Grande-Bretagne, la Cour européenne a conclu à un abus fondé sur le sexe, mais n'a pas examiné en détail la question de la discrimination fondée sur l'origine nationale ou la naissance[41]. Le résultat a été une comparaison qui tenait uniquement compte du sexe – c'est-à-dire que les résidentes permanentes ont été comparées aux résidents permanents – plutôt qu'une comparaison qui tienne compte du sexe et de la naissance. Il aurait été plus approprié de comparer les

---

39 A.S. Åkermark, « Minority Women: International Protection and the Problem of Multiple Discrimination », dans L. Hannikainen, E. Nykänen, éd., *New Trends in Discrimination Law – International Perspectives* (Turku : Turku Law School, 1999), p. 85 et 86. La discussion du traitement de la discrimination multiple dans les affaires portées devant les organismes internationaux est tirée de cet article.

40 *Ibid.*, p. 99 et 100.

41 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* c. *le Royaume-Uni*, CEDH Série A, N° 94 (1985).

résidentes permanentes (femmes) aux citoyens (hommes) pour démontrer l'ampleur véritable de la discrimination[42].

Plus près de chez nous, on peut voir un exemple tout à fait remarquable de l'échec du Comité des droits de l'homme à examiner un acte discriminatoire fondé sur des motifs multiples dans l'affaire *Lovelace* c. *Canada*[43]. L'affaire concernait une plainte au sujet de la *Loi sur les indiens* du Canada qui prévoyait que les femmes appartenant à une Première nation perdraient leur statut d'Indienne avec les droits associés si elles épousaient des hommes non membres d'une Première nation. Il n'y avait pas de perte de statut similaire pour les hommes membres d'une Première nation qui épousaient des femmes qui n'en étaient pas membres. Le Comité a choisi de se concentrer sur le droit à la culture, à la langue et à la religion des personnes appartenant aux minorités. En dépit du fait que la cause présentait un aspect marqué de discrimination fondée sur le sexe, le comité n'a pas sérieusement examiné le fait que Lovelace se voyait refuser le droit à sa culture *parce que c'était une femme.*

Le défaut de tenir compte des motifs multiples de discrimination a des répercussions importantes sur le plan international. Si la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des droits de l'homme conclut à une violation, les états concernés doivent modifier en conséquence la loi ou la pratique visée[44]. C'est ainsi qu'une analyse incomplète peut avoir un effet sur le remède ou le résultat. De même, les affaires sont utilisées à titre d'exemples et de précédents par d'autres états lorsqu'ils édictent ou modifient leurs lois, rédigent des rapports en vertu de différents instruments internationaux et appliquent des principes devant leurs propres cours nationales[45].

---

42 Åkermark, *supra* note 39, p. 101-102.
43 Opinions du Comité des droits de l'homme dans le document NU A/36/40(1981).
44 Åkermark, *supra* note 39, p. 103.
45 *Ibid.*, p. 104.

## VERS UNE APPROCHE INTERSECTIONNELLE

### *Les motifs multiples dans la jurisprudence sur le droit à l'égalité et les droits de la personne*

Certaines cours et certains tribunaux ont commencé à reconnaître la nécessité de prévoir des dispositions spéciales en réponse à la discrimination fondée sur des motifs multiples, et à tenir compte du contexte social, économique et historique dans lequel se produisent les actes discriminatoires. Malgré ces progrès, les cours ont à peine commencé à comprendre ce qui constitue une approche intersectionnelle appropriée. Ce qui suit est une discussion de certaines affaires récentes qui témoignent d'une tendance en faveur de la reconnaissance des motifs multiples ou d'une analyse intersectionnelle dans une opinion de majorité ou dissidente.

#### Cour suprême du Canada

Récemment, les décisions de la Cour suprême du Canada ont inclus des commentaires sur les motifs multiples de discrimination et les motifs qui se recoupent ou se chevauchent. Dans certaines de ces décisions, le contexte social et les expériences de vie des personnes victimes de discrimination sont examinées. La perspective de la personne est réaffirmée.

Écrivant pour la minorité, dans l'affaire *Mossop,* la juge L'Heureux-Dubé a remarqué : « Il est de plus en plus reconnu qu'il peut y avoir chevauchement entre diverses catégories d'actes discriminatoires, et que certaines personnes peuvent être depuis toujours victimes d'exclusion pour un motif fondé à la fois sur la race et le sexe, l'âge et un handicap physique, ou toute autre combinaison d'actes discriminatoires ». Elle a ajouté que :

> *Classer ce genre de discrimination comme étant principalement fondée sur la race ou sur le sexe, c'est mal concevoir la réalité des actes discriminatoires tels qu'ils sont perçus par les victimes. Il peut y avoir discrimination fondée sur plusieurs motifs de distinction et, lorsque cela se produit, il n'est pas réellement important de déterminer lequel des motifs l'emporte. Il peut être plus réaliste de reconnaître que deux types d'actes discriminatoires peuvent exister et se chevaucher.*

Suit un commentaire sur la façon de traiter les formes multiples de discrimination lorsque les actes discriminatoires sont interdits pour deux motifs :

> *En pratique, lorsque deux types d'actes discriminatoires sont interdits, on peut ignorer la complexité du chevauchement et affirmer que la discrimination est fondée sur un motif ou l'autre. La personne se trouve protégée contre la discrimination dans un cas comme dans l'autre.*
>
> *Toutefois, bien qu'il puisse y avoir plusieurs degrés de discrimination, il n'existe pas divers degrés de protection. Il y a des cas où une personne est*

> *victime de discrimination pour plusieurs motifs, dont un seul toutefois est un motif illicite. On doit alors prendre soin de ne pas qualifier la discrimination de façon à priver cette personne de la protection offerte. […] On ne devrait pas à la légère permettre une qualification qui prive de la protection de la Loi les personnes qui devraient légitimement en bénéficier*[46].

Tout en accueillant généralement de façon positive la reconnaissance par la juge L'Heureux-Dubé du chevauchement des motifs de discrimination, beaucoup de commentateurs ont critiqué sa suggestion que, lorsque deux formes de discrimination sont illicites, on peut en choisir seulement une. Cela représente un retour à l'approche traditionnelle axée sur un seul motif, et non une analyse intersectionnelle. Le commentaire est sans doute lié aux faits de la cause, mais les mots de la juge L'Heureux-Dubé représentent cependant un pas important dans la reconnaissance de l'intersection de motifs multiples.

À l'occasion d'un arrêt subséquent, dans l'affaire *Egan*, la juge L'Heureux-Dubé, une fois de plus dans une opinion dissidente, a répété que les formes de discrimination ne peuvent pas être réduites à des compartiments étanches; il arrive fréquemment qu'elles se chevauchent largement. Les juges doivent se montrer sensibles aux réalités de ceux qui subissent la distinction lorsqu'ils en pèsent l'impact sur les membres du groupe touché[47].

Plus récemment, dans une décision de majorité dans *Law* c. *Canada*[48], la Cour suprême a reconnu qu'une allégation de discrimination reposant sur une combinaison de motifs peut être considérée comme étant fondée sur un motif analogue ou sur une synthèse des motifs énumérés au par. 15(1) :

> […] *un demandeur peut rattacher son allégation de discrimination à plus d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. Cette façon d'aborder les motifs de discrimination est compatible avec la nature de l'analyse relative à l'égalité fondée sur le par. 15(1) de la* Charte, *essentiellement fondée sur l'objet et le contexte. Lorsqu'une partie allègue la discrimination en se fondant sur ce qu'elle présente comme un nouveau motif analogue ou sur une combinaison de divers motifs, cette étape de l'examen visant à déterminer s'il y a discrimination doit être axée sur la question de savoir si un motif, ou une combinaison de motifs, est analogue à ceux énumérés au par. 15(1) et pour quelle raison. Cette détermination se fonde sur une analyse exhaustive de l'objet du par. 15(1), de la nature et de la situation de la personne ou du groupe en cause et des antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne. Un ou plusieurs motifs ne seront pas jugés analogues en vertu du par. 15(1) à moins qu'il ne puisse être démontré que la différence de traitement découlant de ce ou ces motifs est susceptible d'avoir une incidence sur la dignité humaine […] Si la cour considère que reconnaître le motif, ou la combinaison de motifs, comme analogue irait dans le sens de la*

46 *Mossop, supra* note 14, par. 53 et 54.
47 *Egan, supra* note 1, p. 563.
48 [1999] 1 R.C.S. 497 [ci-après *Law*].

> *réalisation de l'objet fondamental du par. 15(1), le motif, ou la combinaison de motifs, sera alors reconnu..*[49]

La Cour a déclaré par ailleurs :

> *Il n'y a donc aucune raison de principe pour laquelle une allégation de discrimination reposant sur une combinaison de motifs ne peut pas être considérée comme étant fondée sur un motif analogue ou sur une synthèse des motifs énumérés au par. 15(1)*[50].

À l'issue de l'affaire *Law*, la Cour suprême a appliqué cette analyse pour reconnaître un nouveau motif analogue de discrimination, à savoir « l'autochtonité-lieu de résidence ». Dans *Corbière c. Canada*[51], la Cour a tenu compte d'une disposition de la *Loi sur les indiens* qui dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter aux élections de la bande. En établissant le nouveau motif analogue, la Cour a noté que le groupe qui est victime du traitement différentiel était défini à partir d'une combinaison de caractéristiques, à savoir le fait que c'étaient des personnes autochtones qui étaient membres d'une bande, mais vivaient en dehors d'une réserve. La décision de la juge L'Heureux-Dubé a également noté l'effet adverse particulier que la loi visée avait sur les femmes autochtones à cause de l'antécédent de perte involontaire du statut d'Indienne :

> *Les femmes autochtones, que l'on peut dire* ***doublement défavorisées*** *en raison de leur sexe et de leur race, font partie des personnes particulièrement touchées par les mesures législatives se rapportant aux membres hors réserve des bandes indiennes, de par leur histoire et leur situation dans les sociétés canadienne et autochtone*[52]. [C'est nous qui soulignons.]

Par ailleurs, pour montrer comment la reconnaissance d'un motif analogue va dans le sens de l'objet du par. 15(1) de la *Charte*, la juge L'Heureux-Dubé a noté :

> *La deuxième étape [de l'enquête en vertu du paragraphe 15(1)] doit alors être suffisamment souple pour tenir compte des stéréotypes, des préjugés et des dénis de dignité humaine et d'égalité de valeur des individus dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, ainsi que du fait que des caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser (par exemple, en l'espèce, la race, la qualité de membre d'une bande indienne et le lieu de résidence), et pour refléter soit l'évolution des phénomènes sociaux soit l'apparition de nouveaux stéréotypes ou préjugés ou la manifestation, sous des formes différentes, de ceux qui existent déjà*[53].

---

49 *Ibid., p.* 554 et 555.
50 *Ibid.*
51 [1999] 2 R.C.S. 203 [ci-après *Corbière*].
52 *Ibid.*, p. 259.
53 *Ibid., p.* 253.

La décision insiste de façon marquée sur une approche contextuelle qui reconnaît les stéréotypes, les préjugés et les dénis de dignité humaine dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, et admet que certaines caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser.

L'incapacité de reconnaître de nouveaux motifs analogues en vertu du *Code* ne signifie pas que les affaires portées devant la Cour suprême du Canada ne peuvent pas servir le travail de la Commission. Ces affaires représentent plutôt un premier pas important dans la reconnaissance que les motifs ne sont pas des compartiments rigides et étanches, et témoignent d'un mouvement vers une approche intersectionnelle et contextualisée. Comme la façon de procéder pour les affaires relatives aux droits de la personne et celles qui relèvent de la *Charte* doit être aussi congrue que possible[54], cette évolution de la jurisprudence de la Cour suprême invite les organismes de défense des droits de la personne à emboîter le pas en appliquant les motifs existants d'une façon qui favorise le plus possible l'approche intersectionnelle.

### Cours et tribunaux

Plusieurs décisions notables qui reconnaissent les rapports entre des motifs multiples ont été rendues par les cours canadiennes et les tribunaux des droits de la personne.

L'une des premières décisions et des plus significatives à cet égard est celle de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority* c. *Sparks*[55]. Dans cette affaire, la Cour a reconnu que pour examiner si la loi a un effet discriminatoire, il faut prendre en considération les caractéristiques partagées par les personnes membres du groupe qui en subit les effets. La Cour a reconnu que la discrimination est l'effet combiné de facteurs multiples, y compris la pauvreté.

> *De façon générale, les personnes qui sont admissibles à un logement public font partie du groupe social défavorisé sur le plan économique, et elles sont ainsi défavorisées à cause de leur âge et de la baisse correspondante de leur revenu (personnes âgées), ou parce que ce sont des familles à faible revenu dont une majorité est désavantagée parce qu'elle est constituée de mères célibataires qui vivent de l'aide sociale et dont beaucoup sont noires [sic]. Le groupe des locataires des logements publics, dans son ensemble,* ***est défavorisé historiquement parlant, par suite des effets combinés de plusieurs des caractéristiques personnelles énumérées au paragraphe 15(1)***[56]. [C'est nous qui soulignons.] [Traduction]

---

54 *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [ci-après *Meiorin*].

55 (1993), 101 D.L.R. (4th) 224 (C.A. N.-É.) [ci-après *Sparks*].

56 *Ibid.*, p. 234.

Dans une affaire importante relative aux droits de la personne en Ontario, *Kearney* c. *Bramalea Ltd. (N° 2)*[57], une approche très semblable a été suivie, mais dans le contexte d'une plainte en vertu du *Code*. L'affaire concernait l'utilisation du ratio loyer/revenu pour établir l'admissibilité à un logement locatif. Les témoins experts ont apporté la preuve à la commission d'enquête que le ratio loyer/revenu avait en réalité pour effet d'éliminer certains groupes défavorisés sur le plan économique qui avaient statistiquement le moins de chances de jamais atteindre le ratio requis. Les preuves statistiques présentées évoquaient la situation particulière des personnes identifiées par un chevauchement de motifs, comme les mères célibataires, les jeunes femmes seules, les femmes seules membres d'une Première nation, les femmes seules noires, les femmes seules de l'Asie du Sud, les femmes seules d'Afrique, les mères célibataires non encore citoyennes et les femmes sans attaches et assistées sociales.

Le tribunal a accepté la preuve que les critères utilisés avaient un effet différent sur les personnes en fonction de leur âge, sexe, race, état familial, citoyenneté, lieu d'origine et état d'assisté social. Il a reconnu que les preuves présentées démontraient qu'il était important de reconnaître que beaucoup de « groupes » se chevauchent ou s'entrecroisent de façon substantielle[58]. Et il a conclu à des actes discriminatoires fondés sur chaque motif cité dans chaque plainte. Par exemple, dans l'affaire *Catarina Luis*, une mère célibataire noire, réfugiée de l'Angola et recevant des prestations familiales, la Commission a conclu à un acte discriminatoire fondé sur la race, le sexe, l'état familial, la citoyenneté, le lieu d'origine et l'état d'assisté social.

Dans la décision subséquente de l'affaire *Vander Schaaf*, la commission d'enquête est de nouveau revenue à une approche qui considérait essentiellement les motifs de discrimination allégués, à savoir l'âge, le sexe et l'état matrimonial, de façon isolée, au lieu d'accorder toute l'importance nécessaire à l'effet de leur entrecroisement. Dans une autre décision récente où la plaignante, une mère célibataire recevant une aide sociale, alléguait qu'on lui refusait un logement locatif à cause de sa source de revenu et de son état familial et matrimonial, le tribunal a noté que « afin d'appuyer sa plainte, la plaignante a seulement besoin de prouver que l'un ou plusieurs de ces motifs étaient à l'origine du refus de logement locatif[59] ». Bien que cette façon de procéder puisse être techniquement exacte, elle a tendance à nier la complexité de la discrimination à laquelle doivent faire face des groupes comme les mères célibataires assistées sociales. Elle ne devrait donc être appliquée que lorsque la preuve appuie seulement un motif et non si l'acte discriminatoire est clairement fondé sur un entrecroisement de motifs. Dans ces affaires, tous les

---

57 (1998), 34 C.H.R.R. D/1 (Comm. d'enquête de l'Ont.) [ci-après *Kearney*]. La décision de la Cour supérieure, Cour divisionnaire, confirme la façon dont la commission d'enquête a accueilli et traité le témoignage d'expert : *Shelter Corp.* c. *Ontario (Comm. des droits de la pers.)* (2001), 39 C.H.R.R. D/111 (Cour supérieure de l'Ont.).

58 *Kearney, ibid.*, p. D/16.

59 *Birchall* c. *Guardian Properties Ltd.* (2000), 38 C.H.R.R. D/83, au par. 30 (BCHRT).

motifs devraient être reconnus, examinés et, si les preuves le justifient, la plainte devrait être renvoyée à une commission pour enquête sur la totalité des motifs.

Dans *Falkiner* c. *Ontario (ministère des Services sociaux et communautaires, maintien du revenu)*, la Cour divisionnaire de l'Ontario s'est inspirée de S*parks* et *Corbière* pour conclure que « la reconnaissance des appelantes comme membres d'un groupe victime de discrimination en raison de leur situation comme mères chefs de famille et assistées sociales, un motif analogue aux motifs énumérés, avancerait la réalisation de l'objet fondamental du paragraphe 15(1), la protection de la dignité humaine[60] ».

Dans *Irshad (tuteur à l'instance de)* c. *Ontario (ministère de la Santé)*[61], la Cour a reconnu que la raison pour laquelle les demandeurs n'étaient pas admissibles au régime d'assurance-santé – ce qui faisait l'objet de leur plainte en vertu de la *Charte* – n'était pas qu'ils étaient immigrants ni qu'ils avaient une déficience physique, mais qu'ils étaient des immigrants avec une déficience physique. S'ils n'avaient pas eu de déficience physique, ils auraient pu satisfaire aux exigences médicales prévues dans la *Loi sur l'immigration* et auraient donc eu droit à l'assurance-santé. S'ils étaient nés en Ontario, ils y auraient également eu droit, même avec leur déficience physique. Malgré la reconnaissance de l'effet du chevauchement des motifs, la Cour a rejeté la demande en vertu de la *Charte*. Il manquait un élément à cette décision qui aurait pu être différente si l'on avait procédé à une évaluation de cet entrecroisement des motifs. En appel, la Cour a accepté l'argument que, si ce n'était leur déficience physique, les demandeurs auraient été admissibles à l'assurance-santé. Cependant, elle a conclu que les critères d'admissibilité utilisés par l'Ontario étaient fondés sur le statut d'immigrant. C'étaient les autorités d'immigration fédérales qui avaient décidé que les déficiences physiques rendaient les demandeurs inadmissibles au statut d'immigrant admis. L'effet adverse du choix du critère, à savoir le statut d'immigrant, lequel était fondé sur la déficience physique, n'a pas été pris en considération.

Dans *Rivers* c. *Squamish Indian Council*[62], le tribunal a examiné une plainte de discrimination fondée sur plus d'un des motifs énumérés. La plaignante, une femme autochtone qui était d'origine nationale et ethnique gitskane, alléguait qu'elle avait fait l'objet de discrimination parce qu'elle avait « seulement » épousé un homme qui appartenait à la bande Squamish, mais qu'elle n'était pas née au sein de cette bande et n'avait pas de lien de sang avec l'une de ses « principales familles »[63]. Le membre dissident du tribunal a reconnu que la plainte était fondée sur des motifs multiples, c.-à-d. le statut national/ethnique et l'état familial, et a déclaré que les motifs allégués avaient été analysés séparément, mais qu'ils étaient étroitement liés et qu'en fait, ils se

60 [2000] O.J. No. 2433 (Cour div. de l'Ont.), en ligne : QL. Cette décision a été portée en appel.

61 (1999), 60 C.R.R. (2d) 231 (Cour de l'Ont. [Div. gén.]); confirmé 197 D.L.R. (4th) 103 (C.A. Ont.).

62 *Rivers* c. *Squamish Indian Council*, [1994] C.H.R.T. N° 3 N° T.D. 3/94 [ci-après *Rivers*].

63 *Ibid., p.* 93 et 94.

chevauchaient[64]. Tout en indiquant qu'il tiendrait compte de la dimension d'interaction des motifs multiples ou de la notion de recoupement, le membre dissident a alors entrepris d'analyser l'affaire en traitant les motifs tour à tour, sans prendre en considération les effets de leur chevauchement. Cette façon de procéder montre que les décideurs sont prêts à reconnaître la valeur de l'approche intersectionnelle mais que, dans certains cas, ils ne savent pas clairement comment l'utiliser.

Une affaire fournit un excellent exemple d'un tribunal qui reconnaît expressément l'entrecroisement de la race et du sexe pour conclure à un acte discriminatoire. Dans *Frank* c. *A.J.R. Enterprises Ltd. (« Nelson Place Hotel »)*[65], la majorité de la clientèle de l'hôtel de l'intimé était autochtone. Cependant, la plaignante et d'autres femmes autochtones avaient été expulsées de leurs chambres, et on avait refusé à plusieurs reprises de les servir dans le bar-salon. L'intimé a voulu alléguer que, comme il servait essentiellement des personnes autochtones, il ne pouvait pas avoir fait preuve de discrimination à l'endroit de la plaignante. (Essentiellement, l'intimé a plaidé que, puisqu'il ne traitait pas les autres personnes autochtones de façon discriminatoire, il ne pouvait pas avoir traité la plaignante de façon discriminatoire.) Le tribunal a considéré le contexte historique du traitement des personnes autochtones au Canada.

> *[…] il n'est pas inconcevable pour un organisme, une entreprise, une nation ou un peuple, de continuer à faire affaire avec des gens qu'il ou elle méprise et de faire montre de discrimination à l'endroit de ces gens* ***ou d'une catégorie de ces gens****. […] Ce n'est pas la première fois dans notre histoire que l'on a pour pratique commerciale de dépouiller les Autochtones de tous leurs dollars sans pour autant cesser de les mépriser. Le moins qu'on puisse dire est que les actions et les pratiques de l'intimé sont pétris de cette attitude négative à l'endroit des* ***femmes autochtones en tant que catégorie de personnes***[66]**.** [C'est nous qui soulignons.] [Traduction]

Le tribunal a été choqué par l'insinuation de l'intimé que la plaignante était une prostituée. « Ce qui est particulièrement choquant dans cette affirmation est le postulat que, parce qu'elle est autochtone et seule dans un hôtel, c'est une prostituée[67] ». Le tribunal a dénoncé en termes forts le chevauchement des motifs de race et de sexe, et a indemnisé la plaignante pour l'indignité de la discrimination dont elle avait été victime au titre à la fois de la race et du sexe :

> *Je reconnais que ce n'est pas l'endroit où pontifier sur les méfaits du sexisme et du racisme, mais qu'il me suffise de dire que* ***le sexisme et le racisme se chevauchent souvent à un point tel que l'on ne sait parfois plus clairement laquelle de ces deux forces l'emporte.*** *Cependant, je tiens à attirer l'attention sur l'ampleur de la plainte,* ***sur le chevauchement***

64 *Ibid.*, p. 97.
65 (1993), 23 C.H.R.R. D/228 (BCCHR) [ci-après *Frank*].
66 *Ibid.*, p. D/232.
67 *Ibid.*, p. D/233.

> ***des motifs fondés sur le sexe et sur la race qui, à mon avis, est l'essence de cette plainte,*** *et sur l'indignité subie par la plaignante. Je désire également attirer l'attention sur le fait que cette attitude et cette conduite de l'intimé me paraissent* ***attester d'un comportement sexiste méprisant et malfaisant, entremêlé de racisme cynique et de mépris de la dignité, de l'humanité et des sentiments fondamentaux des femmes autochtones***[68]***.*** [C'est nous qui soulignons.] [Traduction]

Les tribunaux et les cours reconnaissent de plus en plus la nécessité d'utiliser une analyse intersectionnelle. Ayant reconnu cette nécessité, ils réussissent plus ou moins bien dans leurs efforts pour appliquer ce type d'analyse aux plaintes de discrimination. Dans certaines affaires, l'analyse tient compte de l'effet de l'existence de motifs multiples alors que dans d'autres, les décideurs tendent à revenir à l'examen séquentiel de chaque motif pris séparément. Cependant, il faut reconnaître qu'il y a eu des progrès, parmi lesquels 1) une reconnaissance par la Cour suprême que l'on peut admettre un chevauchement de motifs comme un nouveau motif analogue où entrent en jeu le contexte social, le désavantage historique et la dignité humaine fondamentale[69]; 2) l'application d'une analyse contextuelle axée sur la façon dont la société traite la personne et construit son identité, ce qui comprend l'examen des préjudices historiques, du contexte social, politique et culturel, et des problèmes socio-économiques[70]; 3) l'utilisation des preuves statistiques pour illustrer la situation particulière des groupes identifiés par un entrecroisement de motifs[71]; 4) les conclusions de discrimination fondées sur tous les motifs qui constituent l'identité de la plainte, et pas seulement ceux qui sont les moins complexes ou les moins sujets à controverse[72]; et 5) le rejet du recours, aux fins de comparaison, à des personnes ou des groupes qui sont identifiés par certains des motifs de la plaignante ou du plaignant, mais pas par tous, parce qu'ils ne constituent pas des sujets de comparaison appropriés[73].

## Réparations

Bien que les cours et les tribunaux aient reconnu la réalité de la discrimination fondée sur plus d'un motif, il n'existe pas d'instructions claires en ce qui concerne la réparation pour ce type de plainte. Il y a très peu de preuves qui montrent que les réparations imposées en réponse aux plaintes relatives aux droits de la personne tiennent compte de la multiplicité des motifs ou du chevauchement des motifs de discrimination. Alors que certaines décisions de tribunaux reconnaissent que la discrimination peut être ressentie à plusieurs niveaux, cela ne semble pas se répercuter dans les réparations et les montants adjugés. Par exemple, bien qu'une documentation importante ait été présentée dans l'affaire *Kearney* sur l'impact de la politique du propriétaire en termes de motifs multiples de

---

68 *Ibid.*, p. D/234.
69 *Law, supra* note 48 et *Corbière, supra* note 52.
70 *Frank, supra* note 65, *Sparks, supra* note 56 et *Kearney, supra* note 57.
71 *Kearney, ibid.*
72 *Kearney, ibid.* et *Frank, supra* note 65.
73 *Frank, ibid.* et *Corbière, supra* note 52.

discrimination, les réparations ne reconnaissaient pas les effets multiples de l'acte discriminatoire ni n'en tenaient compte. Dans l'affaire *Olarte*, la Cour a reconnu que l'intimé avait profité de la situation particulièrement vulnérable de ses travailleuses immigrantes qui dépendaient de lui, avaient un grand besoin de travailler, ne parlaient peut-être pas anglais et pouvaient sembler, à cause de leurs antécédents culturels, plus susceptibles de se soumettre à l'autorité masculine. Bien que leur situation particulièrement défavorisée ait été reconnue, la réparation imposée ne tenait pas compte du fait que cela ait pu causer un plus grand préjudice.

Dans l'affaire *Crozier,* l'intimé avait tenté d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante, une lesbienne, en essayant de la convaincre que sa vie sexuelle actuelle présentait des problèmes qui pourraient se régler si elle avait des rapports hétérosexuels avec lui. Le tribunal a reconnu que « la conduite de l'intimé est une forme de harcèlement pour cause à la fois d'orientation sexuelle et de harcèlement sexuel[74] ». Le tribunal s'est fondé sur l'analogie avec une affaire hypothétique entre une plaignante et un intimé de races différentes et a conclu qu'une telle situation constituerait un harcèlement racial autant que sexuel. L'avocat de la plaignante a insisté pour que des montants séparés soient adjugés. Bien que le tribunal ait accepté que « l'élément de harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle ajoute du poids au harcèlement sexuel dont l'intimé était coupable » et que la vulnérabilité de la plaignante était « sans aucun doute accrue par le fait que, comme lesbienne, elle faisait partie d'un groupe marginalisé[75] », il a conclu que « les violations des deux dispositions du *Code* étaient étroitement liées, mais qu'aucune ne redoublait l'effet de l'autre[76] ».

Dans l'affaire *Egan*, la juge L'Heureux-Dubé a fait appel à une analogie intéressante pour démontrer l'impact qu'un acte discriminatoire peut avoir sur différents groupes :

> *Nul ne contesterait que deux projectiles identiques, lancés à la même vélocité, peuvent néanmoins laisser une marque différente selon le genre de surface atteinte. De la même manière, les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables*[77].

De même, dans l'affaire *Sparks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a examiné l'impact des caractéristiques de M^me^ Sparks (une personne de couleur [une Noire], une femme, une mère chef de famille, une assistée sociale, une locataire subventionnée et une personne pauvre) et les désavantages que les dispositions

---

74 *Supra* note 25, p. D/247.
75 *Ibid.*, p. D/248.
76 *Ibid.*, p. D/249.
77 *Egan, supra* note 1, p. 553.

législatives en cause présentaient pour elle, de façon globale et cumulative – c.-à-d. la façon dont Irma Sparks les ressentait[78].

Dans *Ghosh* c. *Domglas*[79], une plainte de harcèlement fondé sur un handicap, le tribunal a introduit la notion de race, bien que cela n'ait pas été allégué dans la plainte, pour noter que cela pouvait avoir eu un effet sur le préjudice subi :

> *[...] bien qu'il n'y ait rien pour suggérer que M. Ghosh ait été harcelé à cause de sa race, en examinant les dommages, il faut considérer que l'auteur du méfait prend sa victime telle qu'il la trouve. Son appartenance à une minorité visible n'a peut-être rien eu à faire avec le harcèlement, mais je n'ai pas de doute que ce fait a été un facteur subjectif d'accroissement de sa vulnérabilité et de son angoisse*[80]. [Traduction]

Comme, dans les affaires relatives aux droits de la personne, l'objectif des réparations est en partie d'installer la personne dans le poste qu'elle aurait occupé s'il n'y avait pas eu discrimination, il est essentiel de prendre en considération les dommages qu'elle a subis en conséquence de l'acte discriminatoire. À cet égard, la reconnaissance de la juge L'Heureux-Dubé que les personnes qui sont plus socialement vulnérables ressentent l'effet plus fortement est importante pour décider des remèdes à appliquer en réparation des actes discriminatoires fondés sur des motifs multiples et entrecroisés. Donc, bien que dans certaines affaires, un montant plus important ne soit peut-être pas justifié, il peut y avoir des situations où la vulnérabilité particulière de la personne, en conséquence de l'entrecroisement des motifs, devrait être reconnue dans les dommages-intérêts pour dignité blessée, souffrance morale et ainsi de suite[81]. Ce pourrait être un autre facteur à examiner pour déterminer l'étendue du préjudice subi par la plaignante ou le plaignant en conséquence de la discrimination ou du harcèlement.

À part les compensations monétaires, le Groupe de travail sur l'égalité des sexes dans la profession juridique (le « groupe de travail ») a suggéré que la meilleure façon de prévenir la discrimination systémique et d'y remédier (y compris la discrimination fondée sur des motifs multiples) est de faire appel aux principes d'égalité de l'action positive et à l'obligation de fournir des accommodations reconnue au nom des droits de la personne[82]. Le groupe de travail note que la loi sur l'égalité des droits, qui applique l'approche contextuelle, fournit la justification

---

78 M. Jackman, « Constitutional Contact with the Disparities in the World: Poverty as a Prohibited Ground of Discrimination Under the Canadian *Charter* and Human Rights Law », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 2 (1994), p. 76 .

79 *Ghosh* c. *Domglas Inc. (N° 2)* (1992), 17 C.H.R.R. D/216 (Comm. d'enquête de l'Ont.).

80 *Ibid.*, au par. 21.

81 Un auteur a suggéré que, dans la catégorie hautement discrétionnaire des dommages-intérêts pour humiliation et souffrance (c.-à-d., des dommages-intérêts généraux), la perception du tribunal de toutes les caractéristiques du plaignant devrait avoir un rôle à jouer; voir Disappearing Women, *supra* note 22, p. 41.

82 Association du Barreau canadien, Groupe de travail sur l'égalité des sexes dans la profession juridique, *Les assises de la réforme : Égalité, diversité et responsabilité*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1993 (présidente : l'hon. Bertha Wilson), p. 17 et 18.

des programmes d'action positive qui « reconnaissent que les ententes sociales et juridiques actuelles ont procuré des avantages à certains groupes et des désavantages à d'autres [...] [et] ont pour objectif de rétablir l'équilibre[83] ». Le *Code* permet de remédier aux désavantages historiques sur une base proactive, par l'intermédiaire de *programmes spéciaux* (art. 14), destinés à alléger un préjudice ou un désavantage économique auquel font face des personnes ou des groupes défavorisés.

L'obligation d'accommodation est également un principe central de la loi sur les droits de la personne et peut entraîner la transformation des politiques, des pratiques et des normes institutionnelles afin de répondre aux besoins de différents groupes[84]. La décision de la Cour suprême dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission)* c. *BCGSEU,* faisait remarquer que les employeurs, les fournisseurs de services et d'autres devraient élaborer des règles et des normes neutres d'une façon qui soit aussi inclusive que possible[85]. Cela pourrait inclure la considération des personnes qui sont identifiées par un chevauchement des motifs. Parmi les réparations possibles, on pourrait donc exiger des intimés qu'ils établissent des normes prévoyant l'accommodation individuelle des personnes qui présentent des identités complexes.

***Recherches universitaires sur les identités à motifs multiples et entrecroisés***

Reconnaissant que l'expérience particulière de la discrimination telle qu'elle est vécue par différentes personnes risque de ne pas être saisie par une méthode de défense des droits de la personne axée sur un seul motif, les chercheurs et les universitaires ont recommandé d'utiliser une analyse intersectionnelle.

Plusieurs auteurs ont examiné la question des identités fondées sur des motifs multiples et entrecroisés et ses correspondances avec l'expérience vécue par les gens dans leur environnement social, économique, politique et légal. Un certain nombre de rapports et de recherches socio-économiques décrivant les expériences vécues dans la société, le lieu de travail et d'autres sphères sociales soulignent la portée des facteurs multiples qui constituent les identités, et reconnaissent leur importance non seulement dans le discours sur les droits de la personne, mais aussi dans l'élaboration des politiques dans ce domaine. Esmeralda Thornhill[86], Nitya Iyer (anciennement Duclos)[87], Emily Carasco[88] et

---

83 *Ibid.*, p. 17.

84 *Ibid., p.* 17.

85 *Supra* note 54, au par. 68.

86 E. Thornhill, « Regard sur le racisme : Perspectives juridiques à partir d'un vécu noir » (1993), 6 C.J.W.L. 1, et E. Thornhill, « Focus on Racism: Legal Perspectives from a Black Experience » (1994), Currents 8, tel que discuté dans C. A. Aylward, *Canadian Critical Race Theory: Racism and the Law* (Halifax: Fernwood, 1999), p. 45

87 N. Iyer, « Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity », *Queen's Law Journal*, vol. 19 (1993), p. 179; Disappearing Women, *supra* note 22.

88 A Case of Double Jeopardy: Race and Gender, *supra* note 16.

Carol A. Aylward[89] sont plusieurs chercheuses qui ont étudié la question du chevauchement de la race et du sexe, et ont analysé dans leurs publications la situation des personnes qui se heurtent à des désavantages fondés sur des motifs multiples. Celia Rothenberg[90], écrivant au sujet de la communauté palestinienne à Toronto, note la diversité parmi les femmes palestiniennes et observe que les différences entre la vie des femmes « ne sont pas entièrement dues aux idiosyncrasies et aux circonstances individuelles. La vie de ces femmes illustre plutôt la façon dont les facteurs socio-économiques plus larges se manifestent dans la communauté palestinienne[91]. » Insistant sur les différents points de vue politiques et les différentes identités religieuses, elle écrit qu'il est important que les législateurs et les analystes de la culture évitent les généralisations et tiennent plutôt compte de la diversité.

Dans un article expliquant qu'il est nécessaire que les éducateurs soient sensibles aux rapports entre la race, le sexe et la classe sociale, Goli Rezai-Rashti[92] dénonce la tendance à compartimenter les questions relatives à l'équité ou à les traiter comme des sujets différents, si bien que les enseignants et les élèves ne font jamais l'analyse systématique de la nature relationnelle du sexe, de la race et de la classe sociale. Par ailleurs, Rezai-Rashti écrit que le manque de sensibilité culturelle ou de compréhension de la complexité des questions relatives à l'équité a pour effet d'aliéner les élèves membres d'une minorité. Par exemple, Rezai-Rashti évoque un groupe d'élèves musulmanes de Somalie qui avaient le sentiment que « du fait de leur situation socio-économique, de leur race, de leur culture, de leur religion et, ce qui n'est pas le moins important, de leur sexe, elles étaient perçues par les autres élèves, et parfois par les enseignants, comme intrinsèquement inférieures à cause de l'ordre pseudo-hiérarchique qu'elles entretenaient avec d'autres groupes culturels et religieux dans leur école. Du fait de leur religion (l'islam) et de leur sexe, elles étaient amenées à croire que les autres élèves les percevaient comme des personnes soumises, obéissantes, opprimées et même mutilées, incapables de ressentir aucune espèce de plaisir sexuel[93] ». Les élèves ont déclaré qu'un programme sur la mutilation génitale féminine, diffusé par la SRC en 1995, avait suscité du racisme dans leur école et contribué à créer un environnement qui encourageait en quelque sorte les autres élèves à « persister dans leur harcèlement » parce que l'information présentée était « décontextualisée » et rabaissait leur culture et leur histoire[94].

Selon l'analyse de Rezai-Rashti, beaucoup d'enseignants considèrent les questions de race, de classe et de culture d'un point de vue essentialiste, c.-à-d. un point de vue à partir duquel les femmes sont vues comme stables, homogènes

---

89 Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide, *supra* note 7.

90 C. E. Rothenberg, « Diversity and Community: Palestinian Women in Toronto », *Les cahiers de la femme*, vol. 19 (1999), p. 75.

91 *Ibid.*, p. 76.

92 G. Rezai-Rashti, « Gender Equity Issues and Minority Students: Connections of Race, Gender and Social Class », *ORBIT*, Ontario's Magazine for Schools, vol. 28 (1997), p. 24.

93 *Ibid.*, p. 24.

94 *Ibid.*, p. 25.

et non différenciées, plutôt que d'un point de vue « non essentialiste, instable et conflictuel[95] ». D'après Rezai-Rashti, une perspective essentialiste qualifierait certaines cultures d'« arriérées » à cause de leur traitement abusif des femmes, alors qu'une perspective non essentialiste aiderait les élèves à « faire une analyse plus approfondie et plus critique du racisme, du sexisme et des questions de classe dans les différentes cultures[96] ».

Carl F. Stychin a appliqué une analyse intersectionnelle à l'examen du nationalisme et de l'identité au Canada, en insistant sur la reconnaissance dans la constitution de l'orientation sexuelle comme motif analogue de discrimination[97].

Pour les femmes avec un handicap, une analyse fondée sur les motifs entrecroisés qui mettrait l'accent sur la perspective de la plaignante et sur une approche contextuelle permettrait de répondre aux expériences particulières des femmes qui ne sont pas reconnues dans l'élaboration des procédures et des politiques sur les droits de la personne. Diane Pothier, par exemple, écrit que ses expériences sont définies par le fait qu'elle est une femme avec un handicap[98].

Le groupe de travail a écrit que la notion juridique d'égalité impose d'examiner plusieurs notions connexes : la dichotomie entre l'égalité formelle et l'égalité de fait; l'approche contextuelle; la discrimination et la discrimination multiple[99]. Le groupe de travail examine la question de la discrimination multiple telle que ressentie par une avocate et la décrit comme :

> *[…] l'effet cumulatif et composé de la discrimination fondée sur plusieurs caractéristiques de groupe. Il est difficile, sinon impossible, de dissocier la discrimination fondée sur le sexe de celle fondée sur d'autres caractéristiques, dont la race […]*
>
> *Il est essentiel de voir que l'expérience de la discrimination multiple est différente de celle du traitement différent pour un seul motif de discrimination. Il n'est pas toujours facile d'apprécier cette distinction à cause de la perspective habituelle sur la discrimination.*[…]
>
> *La discrimination raciale et sexuelle peut se produire de façon combinée, et elle est ancrée dans la société tout entière, notamment dans les systèmes juridique et judiciaire. Tant la discrimination individuelle que la discrimination systémique peuvent être attribuées à des attitudes endurcies qui imposent des stéréotypes rigides, où les différences ethniques sont accentuées au détriment de ceux qui ne peuvent pas se conformer au statu quo* […]

---

95 *Ibid.*

96 *Ibid.*

97 C. F. Stychin, « A Postmodern Constitutionalism: Equality Rights, Identity Politics and the Canadian National Imagination », *Dalhousie Law Journal*, vol. 17 (1994), p. 61.

98 Connecting Intersecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences, *supra* note 11.

99 *Les assises de la réforme : Égalité, diversité et responsabilité, supra* note 82, p. 13.

> *Les avocates autochtones sont aussi victimes de discrimination sexuelle et raciale dans la profession. De plus, elles partagent les inquiétudes de tous les membres des Premières nations. […] De même, les lesbiennes sont aux prises avec des stéréotypes négatifs et poussées à ressembler à leurs collègues hétérosexuelles. […] Les avocates handicapées sont victimes de l'ignorance en ce qui concerne leur capacité d'agir à titre professionnel*[100].

Cela témoigne de l'utilisation croissante qui est faite de la notion d'identités multiples et entrecroisées pour déterminer comment la discrimination peut être ressentie de façon différente par chaque personne.

Finalement, dans les récentes discussions sur la modification possible de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les auteures ont noté la nécessité, pour les enquêteurs et les juges, de percevoir les particularités de la discrimination que subissent les femmes, notamment celles qui sont autochtones, noires, handicapées, lesbiennes et mères monoparentales et ont suggéré qu'une loi modifiée devrait énoncer explicitement ce qui suit :

> *[…] l'un [des] buts [de la loi] consiste à se pencher sur les formes de discrimination qui sombrent le plus aisément dans l'oubli à cause du cloisonnement des motifs, c'est-à-dire les formes concurrentes de discrimination que vivent les femmes autochtones, les femmes de couleur, les immigrantes, les femmes ayant une incapacité, les lesbiennes, les mères seules et les femmes âgées*[101].

## COMMENT APPLIQUER L'APPROCHE INTERSECTIONNELLE

Les professeurs Aylward, Pothier et Iyer ont suggéré d'appliquer l'analyse intersectionnelle sur deux fronts. Sur le premier front, il faut passer d'une perspective axée sur un seul modèle à une analyse construite sur l'idée que les expériences individuelles sont fondées sur des identités multiples qui s'exposent à plus d'un motif. Sur le second front, il faut alors poursuivre l'analyse pour examiner les faits de la cause en fonction des facteurs contextuels. D'après Aylward, procéder à une analyse contextuelle, c'est examiner les stéréotypes discriminatoires; l'intention de la loi, du règlement ou de la politique; la nature ou la situation de la personne en cause; et les antécédents sociaux, politiques et légaux de la façon dont la personne est traitée dans la société.

L'analyse intersectionnelle peut évoluer en fonction des progrès effectués dans l'analyse de l'égalité des sexes, l'analyse critique des races et l'analyse des droits des personnes avec un handicap ainsi que de la jurisprudence sur l'égalité des droits. Ce sont toutes des stratégies qui se sont développées pour répondre aux

---

100 *Ibid.*, p. 15 et 16.

101 S. Day et G. Brodsky, « *L'inégalité économique des femmes et la* Loi canadienne sur les droits de la personne », Ottawa, Condition féminine Canada, octobre 1999, en ligne : Condition féminine Canada <http://www.swc-cfc.gc.ca/search/search-f.html>.

stéréotypes et prendre en compte les expériences uniques et multiples des personnes en fonction de leur race, de leur sexe ou de leur handicap, et qui doivent nécessairement faire partie du cadre contextuel et analytique de l'étude de la discrimination. L'analyse intersectionnelle permet d'observer la personne sous l'optique de son contexte social. Elle peut prendre en compte, dans une certaine mesure, les conditions sociales associées à la pauvreté, au faible revenu et à la clochardise.

Dans certaines affaires, des motifs comme le sexe, la race ou un handicap, pour n'en nommer que quelques-uns, peuvent se recouper et, ensemble, produire des effets uniques, créant des « minorités discrètes et insulaires » dont les caractéristiques constituent un handicap social. D'autres fois, l'une de ces caractéristiques peut s'entrecroiser avec d'autres motifs, comme l'état d'assisté social ou l'état familial, ou se conjuguer avec la situation économique et sociale et la classe, pour créer des expériences de vécu unique dont il n'est pas tenu compte dans le cadre actuel de défense des droits de la personne. Même lorsque la discrimination est combinée avec d'autres motifs, comme l'état d'assisté social et l'état familial, une approche traditionnelle et non intersectionnelle risque de ne pas en révéler toute l'ampleur.

## PROCHAINES ÉTAPES

Ce document a examiné la nécessité de saisir de façon plus complète la façon dont les gens font l'expérience de la discrimination. La Commission a déjà commencé à utiliser une approche intersectionnelle pour traiter certaines des plaintes dont elle est saisie. Elle a également adopté l'analyse intersectionnelle pour examiner sous une autre optique la façon dont elle effectue son travail d'élaboration des politiques. L'action de la Commission, dans tous les secteurs, repose maintenant sur une conception de la discrimination qui y voit essentiellement le produit de la construction sociale de l'identité, fondée sur des facteurs sociaux, historiques, politiques et culturels. C'est ce dont témoigne le document *Politique et directives concernant le handicap et l'obligation d'accommodement*, le nouveau cadre de la Commission pour protéger les droits des personnes avec un handicap.

C'est l'occasion pour la Commission de tirer parti du travail effectué jusqu'ici et de chercher des façons plus concrètes d'appliquer le principe des motifs multiples à tous les aspects de son mandat. Le présent document constitue la première étape dans le déploiement de ces efforts. Les auteurs ont examiné des affaires relatives aux droits de la personne et des affaires relevant de la *Charte* ainsi que différentes publications pour analyser les risques de défaillances lorsque l'analyse des motifs multiples n'est pas appliquée. Ils présentent les développements positifs qui pourront guider la Commission dans l'utilisation d'une approche intersectionnelle. Le présent document de travail est un point de départ et une invitation à la poursuite de la discussion sur les façons dont la Commission peut mettre en œuvre une approche intersectionnelle.

Dans le cadre de la prochaine étape, le personnel de tous les secteurs de la Commission ainsi que des experts de l'extérieur seront invités à procéder à des consultations. La Commission invite donc les lecteurs de ce document à lui faire parvenir leurs commentaires, en particulier, sur les moyens concrets qu'elle peut mettre en œuvre pour utiliser une approche intersectionnelle dans tous les secteurs de son travail, à savoir l'admission et la rédaction des plaintes, la médiation, les enquêtes et les poursuites ainsi que l'élaboration des politiques et l'éducation. Les soumissions écrites seront acceptées jusqu'au 31 octobre 2002 et peuvent être envoyées à :

**Commission ontarienne des droits de la personne**
**Consultation sur l'intersectionnalité**
**Direction des politiques et de l'éducation**
**7e étage,180 rue Dundas Ouest**
**Toronto, Ontario**
**M7A 2R9**

**Télécopieur:** **(416) 314-4533**
**Courriel:** **info@ohrc.on.ca**